# Die Auslobung nach BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

**Curt Freiherr von Dalwigk zu Lichtenfels**

Referendar aus Naumburg a. d. Saale.

Marburg 1932

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser), Marburg.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. Februar 1932.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinem Vater!

# Inhalt.

# Schrifttum.


Bading, Auslobung. Diss. Leipzig 1907.
Bähr, Gegenentwurf BGB. 1892.
Becker, Auslobung. Diss. Marburg 1905.
Blumenthal, Widerruf der Auslobung. Diss. Frankfurt 1927.
Braeß, Auslobung. Diss Leipzig 1905.
Brandt, Beamtenrecht. 1926.
Brückmann, Auslobung von Polizeibehörden, DJZ. 1903, 473.
Bruns, fontes juris Romani (Mommsen). V. Aufl. 1887.
Cosack, Lehrbuch 1922.
Crome, System BGB. 1902/1912.
Dernburg, Bürgerliches Recht (Schuldrecht). III. Aufl. 1900.
Dernburg, Pandekten. 1900.
Eberdt, Auslobung. Diss. Erlangen 1915.
Eck, Doppelseitige Klagen des Röm. und Gemein. Rechts. 1870.
Elster, im Arch. Bürg. Recht (1900) Band 18, 125.
Endemann, Lehrbuch. VIII. Aufl. 1903.
Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil. 1931.
Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht. 1930.
Enneccerus-Kipp, Erbrecht. 1928.
Fischer, Auslobung. Diss. Göttingen 1899.
Fischer-Henle, BGB. Handausg. 1927.
Förster-Kann, Kommentar ZPO. III. Aufl. 1913/1926.
v. Gierke, Bemerkungen zum Entwurf BGB. 1889.
v. Gierke, Dt. Privatrecht (Schuldrecht). 1917.
Gronemann, In welchen Fällen können Polizeibeamte auslobungsberechtigt sein? Diss. Göttingen 1928.
Hahn, Auslobung. Diss. Würzburg 1912.
Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft von Stier-Somlo. 1926. Elster: „Auslobung".
Handwörterbuch, rechtsvergleichend. von Schlegelsberger. Bätge: „Auslobung".
Hause, Auslobung. Diss. Leipzig 1905.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1924.
Hellwig, Lehrbuch ZPO. Band III 1909.
Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurf. 1892.
Jung, in Iherings Jahrbüchern. Band 69, 62.
Jung, Bürgerliches Recht bei Stammler „Das gesamte Deutsche Recht". 1931.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Kohler, Lehrbuch BGB, Schuldrecht. 1906.
Kohler, im Arch. Bürg. R. (1905) Band 25 S. 1 ff.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht. 1929.
Leonhard, Besonderes Schuldrecht. 1931.
Leonhard, Kommentar Erbrecht. 1912.
Lotmar, Arbeitsvertrag. 1902.

Manigk, Willenserklärnng und Willensgeschäft. 1907.
v. Mayr, Auslobung. Wien 1905.
Motive zum BGB. 1888.
Oertmann, Kommentar Schuldrecht. V. Aufl. 1928/29.
Oertmann, Rechtsbedingung. 1924.
Planck, Kommentar Schuldrecht. IV. Aufl. 1914, 1928.
v. Platen, Auslobung durch Stellvertreter. Diss. Greifswald 1910.
Protokolle zum Entwurf II BGB. 1898/99.
Rath, Auslobung. Diss. Marburg 1904.
Reichsgerichtsräte Kommentar. VI. Aufl. 1928.
Retzlaff, Auslobung. Diss. (Maschinenschrift) Marburg 1922.
v. Savigny, Obligationenrecht. 1851.
Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873.
Staudinger, Kommentar BGB. IX. Aufl. 1929/30.
Stein-Jonas, Kommentar ZPO. XIV. Aufl. 1928.
Strohal, Erbrecht. III. Aufl. 1903.
Tilka, Auslobung. Diss. Rostock 1911.
Tzschirner, de indole ac natura ..... „Auslobung", quam vocant. Diss. Berlin 1869.
v. Thur, Allgemeiner Teil. 1918.
Warneyer, Kommentar BGB. II. Aufl. 1930.
Wiener, Auslobung. Diss. Breslau 1914.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch. 1900. (Die Zusätze des geltenden Rechts von Kipp werden zitiert als „Windscheid-Kipp", sonst nur als „Windscheid").

## § 1. Begriff und Geschichte.

### 1. Allgemeines.

Tausendfach können wir alltäglich beobachten, daß jemand am Geschehen einer Tat interessiert, aber selbst zum Handeln ungeeignet oder unwillig ist. Er wendet sich dann meist an einen Anderen, Geeigneten, den er durch einen Vertrag (meist Arbeitsvertrag) zur Tat verpflichtet. Oft aber kennt er keinen, der geeignet bezw. leistungswillig ist; dann ist von jeher die Flucht in die Oeffentlichkeit gewählt worden: er macht eine Auslobung. Es mag zwar sein, daß mancher Nichtjurist, der „Eigentum", „Hypothek", „Kauf" usw. kennt, mit dem Wort „Auslobung" nichts anzufangen weiß; fragt man ihn aber nach dem „Aussetzen einer Belohnung", so wird er meist eine ganz richtige Auskunft von der Auslobung geben[1]). Wir finden ja auch solches Aussetzen von Belohnungen tagtäglich in Zeitungsanzeigen, Fahndungsblättern, Plakaten, Rundfunksprüchen usw., und haben also ein weithin verbreitetes und bekanntes Rechtsinstitut vor uns, das allerdings einen im Verkehr unbekannten Namen trägt.

### 2. Hauptmerkmale.

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich bereits die Eigentümlichkeiten der Auslobung gegenüber anderen Rechtsgeschäften. Dem Auslober, der das Geschäft veranlaßt, steht nicht, wie dies bei fast allen Rechtsverhältnissen (vgl. Vertrag, unerlaubte Handlung, Geschäftsführung o. A. usw.) der Fall ist, ein bestimmter Geschäftsgegner gegenüber. Denn derjenige, der einen Ruf in die Welt schickt, weiß nicht, ob überhaupt jemand und wer seinem Rufe Folge leistet und dadurch als individuelles Gegenüber auftritt. Es steht ihm daher eine persona incerta gegenüber. So ist z. B. in Schillers „Taucher" zunächst eine Auslobung gegeben: „Wer ihn kann wiederzeigen" (persona incerta); hernach würde der Jurist eine persona certa (den Taucher) erkennen „und schaffst Du den Becher mir wieder zur Stell'" und dieses zweite Versprechen (des Angelöbnisses) nach den Grundsätzen des Vertrages, und nicht der Auslobung zu prüfen haben. Eine Besonderheit, die oft sich aus der Sachlage ergibt, ist

1) Zu scharfe Kritik bei v. Mayr 12.

ein Mißverhältnis, das regelmäßig zwischen der Belohnung und dem Wert der Handlung besteht[2]). Das ergibt sich aus dem Willen des Auslobers, Gleichgültige aus ihrem Uninteressiertsein zu der erwünschten Tat aufzureizen. Demgegenüber wird bei allen anderen obligatorischen Rechtsverhältnissen ein gewisses Gleichgewicht von Leistung (bezw. Schaden, Aufwendung) und Gegenleistung erfordert; nur die Schenkung macht eine gewisse Ausnahme. Die Auslobung ist aber kein so ausbalanciertes Geschäft, kein solcher Austausch von Arbeit und Arbeitsentgelt[3]). Ein drittes Hauptmerkmal der Auslobung ist das Erfordernis der öffentlichen Bekanntmachung: ohne Publizität keine Auslobung[4]). Hier haben wir eine gesetzliche Regelung vor uns, die aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben wurde. Andere Rechtsgeschäfte werden mehr oder weniger unter vier Augen oder vor Behörden (Grundbuchamt, Notar, Standesbeamter) abgeschlossen; die Auslobung wird ausposaunt, um den unbekannten Helfer zu erreichen.

Abgesehen von einer entfernten Aehnlichkeit der Auslobung mit den Arbeitsverträgen, deretwegen Kohler zu einem Auslobungs-Werkvertrag gekommen ist, besteht eine recht nahe Verwandtschaft mit dem Mäklervertrag[5]). Mit diesem (und mit dem Werkvertrage) hat die Auslobung gemeinsam, daß der Anspruch auf die Vollendung einer Tätigkeit, in der Hauptsache also auf die Erfolgsherbeiführung abgestellt ist[6]). Aber gerade die eigenartige einseitige Natur des Mäklervertrages bietet mancherlei Berührungspunkte. Der Mäklervertrag ist zwar unzweifelhaft ein Vertrag[7]) und verlangt daher das Zusammentreffen zweier einander entsprechenden Willenserklärungen. Aber die Verpflichtungen, die dem Mäkler obliegen, sind so gering, daß man nicht von einem zweiseitig verpflichtenden Vertrage sprechen kann (c. bilater. inaequalis). Er ist nicht verpflichtet für den Auftraggeber tätig zu werden, seine Verpflichtungen erschöpfen sich vielmehr in einem Vertrauensverhältnis. Er ist zur Verschwiegenheit, Sorgfalt, Anzeigepflicht und Vertragstreue, § 654, verpflichtet[8]); und er verliert nur, wenn er eine solche Nebenpflicht verletzt, den Anspruch auf einen Mäklerlohn[9]); ein Schadensersatzanspruch gegen ihn kann denn auch schwerlich aus Verletzung des Mäklervertrags, aber aus §§ 826, 823 hergeleitet werden. Sowohl der Mäkler wie der Handelnde der Auslobung tragen keine Leistungsverpflichtung und

---

2) Retzlaff 31.
3) Lotmar 33.
4) Mot II 519.
5) Leonhard bes. Sch. R. § 122; Jung bei Stammler § 204.
6) Planck vor § 652 III; Leonhard bes. Sch. R. § 122; Jung bei Stammler § 204.
7) Vgl Titelüberschrift vor § 652.
8) Planck vor § 652 III; Enneccerus-Lehmann § 154 I.
9) Leonhard bes. Sch. R. § 122; RG. Recht 1907 Nr. 3489; RG. DJZ. 1912, 515.

folglich keine Pflicht zur Nachbesserung und zur Mängelhaftung. Soll aber der Mäkler im konkreten Fall zum Tätigwerden verpflichtet werden, so haben wir nicht mehr den reinen, sondern den gegenseitigen Mäklervertrag vor uns[10]), in dem dann Elemente der Dienstverträge vorhanden sind. Es kann hier nicht darauf ankommen, die Frage, ob dann noch Mäkler- oder Dienstvertrag oder eine Mischung vorliegt, zu klären; allein auch darin zeigt sich eine Aehnlichkeit mit der Auslobung; die Rechtsnatur ist bei beiden Instituten bestritten. Wohl mit Recht halten Manche den Mäklervertrag für einen Vertrag, dem die Hauptverpflichtung (nicht aber die Treuepflichten) des Mäklers fehlen kann[11]); Andere meinen, dem Mäklervertrag sei eigentümlich, daß der Mäkler immer ohne Hauptpflicht dastehe, er könne nur durch einen ausdrücklich ein- oder angefügten Arbeitsvertrag verpflichtet werden[12]). Wieder Andere endlich meinen sogar (wegen der Treuepflicht sicher unzutreffend), es liege bei der Mäkelei kein Vertrag, sondern genau wie bei der Auslobung ein annahmeloses Versprechen vor[13]).

### 3. Geschichte der Auslobung.

Auslobungen in der eben umrissenen Gestalt sind schon frühzeitig von den Menschen erlassen worden; wir finden Beispiele in der Rechtsgeschichte, in Sagen und Märchen: der Sängerkrieg auf der Wartburg, die Wettkämpfe um Brünnhilde, die Kampfpreise des Achilleus[14]), das Lied vom braven Mann, der Taucher, „Eva" in den Meistersingern[15]), „mein Königreich für'n Pferd" aus Richard III.[16]) geben beredtes Zeugnis davon.

Aus der römischen Rechtsgeschichte kennen wir manche Fälle: so hat man in Pompeji ein Hundehalsband[17]) gefunden mit der Aufschrift: „fugi, tene me. cum revocaveris domino Zosino, accipies solidum"[18]). Ein ganz gleich gearteter Fall wird von einer Urne berichtet[19]). Trotz dieser und anderer Fälle, die eine tatsächliche Anwendung der Auslobung beweisen, hat sich in den Quellen aber

---

10) Planck § 652 IV 1; Enneccerus-Lehmann § 154, 1.

11) Leonhard bes. Sch. R. § 121; Oertmann vor § 652, 3; Staudinger vor § 652, 6; Dernburg BGB § 338 II; Crome partiar. Rg. 415.

12) Enneccerus-Lehmann § 154; Planck § 652 IV 3; Fischer-Henle § 652, 8; Jung bei Stammler, § 204.

13) Endemann § 176, 2; Reuling Gruchot 40, 209; Burchard Vorträge 24. Jur. Tag II 290.

14) Homer Ilias, Gesang 23, 258.

15) Ferner: Oedipus und Jokaste; Porzia im Kaufmann von Venedig u. a. m.

16) v. Mayr 125 Anm 10.

17) Dernburg Pand. II § 9 Anm 8; sollte für einen Sklaven nur ein solidus versprochen sein?

18) Bruns 274, 2.

19) Bruns 273, 1.

nicht ein einziger Anhalt dafür ergeben, daß die Auslobung eine actio erzeuge[20]). Wäre sie nämlich klagbar gewesen, so wären die Römer besonders deswegen zur Aussprache gereizt worden, weil die Auslobung als Rechtsgeschäft cum persona incerta eine ganz auffällige Ausnahme vom römischen System war[21]); angesichts der fleißigen römischen Arbeiten können wir nicht glauben, daß das Fehlen der Auslobung in den Quellen lediglich auf Zufall beruht[22]).

Anders die Delatorenprämie[23]). Hier erwirbt derjenige, der einen bestimmten Verbrecher nachweist, eine Belohnung (Freilassung, Geldsumme). Wir haben hier einen der Auslobung sehr ähnlichen Fall vor uns[24]).

Die Auslobung war im übrigen im alten Rom also unklagbar; sie erzeugte nur eine Anstandspflicht. Im Mittelalter begann sich dann die Klagbarkeit anzubahnen. Die Postglossatoren Baldus, Bartolus u. a.[25]) behandelten die Auslobung wohl schon als klagbares Rechtsgeschäft. Daß die Klagbarkeit zweifellos war, wissen wir aber erst aus dem gemeinen Recht des 18. und 19. Jahrhunderts[26]).

Im deutschen Recht konnte eine Klagbarkeit sich leichter deshalb entwickeln, weil hier der Schwerpunkt der Verpflichtung nicht so sehr auf der Vertragsannahme durch den Gläubiger beruhte, als vielmehr auf dem Schuldversprechen des Schuldners[27]). Wenn demnach das Gegenüber eine persona incerta war, so war das hier von weit geringerer Bedeutung, als innerhalb des römischen Rechts. So lobten die Augsburger Bürger anno 1374 auf den Kopf eines Erzfeindes 1000 fl aus, und man zweifelt nicht, daß sie sich damit klagbar verpflichteten[28]), obwohl aus den dürftigen deutschen Quellen ein Beweis kaum möglich ist[29]). Daß uns nur wenige Auslobungen aus der deutschen Rechtsgeschichte bekannt sind, mag auch an der damaligen Schwierigkeit liegen, sich an die Oeffentlichkeit zu wenden[30]), und wenn die tatsächlich überlieferten Fälle nur die Unschädlichmachung von Staatsfeinden, ausgelobt von Städten, Zünften usw, betreffen[31]), so dürfte das an der geringen Bedeutung von Privatpersonen (ständische Zusammenfassung!) liegen — jedenfalls kann

---

20) v. Mayr 129; Dernburg Bürg. R. II § 335 I, Pand. II § 9 Anm 8; Blumenthal 4; Fischer 1; Hause 1; Eberdt 5; Retzlaff 3.

21) Tilka 15; v. Platen 7; Wiener 3; Retzlaff 3.

22) So nämlich: Tzschirner 93.

23) Cod. 9. 24. 2.

24) v. Mayr 130; Blumenthal 6; a. A. Braeß 15.

25) v. Mayr 130; Tzschirner 31; Elster 130; Becker 4; Hahn 8.

26) Wiener 5.

27) Siegel 1 ff.; Rehme bei Stammler S. 426.

28) Rath 8.

29) Blumenthal 8/9.

30) Blumenthal 10; Bading 5.

31) Wiener 4.

dies nicht gegen die privatrechtliche Bedeutung der damaligen Auslobung sprechen.

Im Bereich des gemeinen Rechts entwickelte sich der Verkehr so, daß ein Anrufen der Oeffentlichkeit (Zeitungen) erleichtert wurde; die Vermehrung der menschlichen Interessen tat ein Uebriges. Es setzte sich ja auch nunmehr endgültig die Klagbarkeit der Auslobung gewohnheitsrechtlich durch, und zwar trotz der durch die Rezeption (und die historische Schule) betonten römisch-rechtlichen Gedanken [32]). Savignys Stimme, der als Einziger die Klagbarkeit leugnete [33]), blieb ohne Wirkung. Die Verschiedenheit der römischen und der deutschen Vertragsentstehung, die besonders Siegel [34]) betonte, hat in der Lehre von der Auslobung eine besonders geeignete Kampfarena geboten. Es tobte hier ein heißer Theorienstreit, ob es sich um ein annahmeloses Rechtsgeschäft handele, oder ob jedwedes obligatorische Rechtsgeschäft nur durch einen Vertrag (Annahme!) zu schließen sei, also überhaupt keine Annahmelosigkeit angängig sei.

Die Gesetzgebung der letzten 150 Jahre konnte an der Auslobung nicht schweigend vorübergehen. Das preußische ALR [35]) hat eine, allerdings sehr beschränkte Auslobung (Ausschreibung!!) geschaffen; die Bestimmungen wurden dann aber schon von der Rechtsprechung durch weitherzige Auslegung der heutigen Auslobung genähert [36]). Ferner finden wir Bestimmungen über die Auslobung im sächsischen BGB 1865 § 771, im preußischen Entwurf 1831 I, 11 § 679, im dresdner Entwurf 1866 Art 681, im hessischen Entwurf 1853 II Art 198, im bayrischen Entwurf 1860 II, 2 Hauptstück 18 Art 753, während der code civil 1804 (und bad. Landrecht 1809), das österreichische BGB 1811 und das schweizer Obligationenrecht 1881 schweigen; immerhin hatte auch dort die Auslobung gewohnheitsrechtliche Geltung.

Das BGB des Deutschen Reiches hat die Auslobung im Abschnitt „einzelne Schuldverhältnisse" Titel IX §§ 657—661 als klagbares Rechtsgeschäft geregelt. Aus den Motiven erhellt der Wille der Kommissionen, ein annahmeloses Rechtsgeschäft zu gestalten, das also nicht einer zweiten Willenserklärung bedarf. Dennoch wird die Auslobung des BGB als vertragliches Rechtsgeschäft hingestellt; wir haben daher im folgenden zu prüfen, ob wirklich der Wille der Kommissionen in das geltende Recht übergegangen ist. Dabei scheint uns außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegend nachzuprüfen, ob für das gemeine Recht die Vertrags- oder Versprechenstheorie „richtig"

---

32) Dernburg Pand. II § 9; Windscheid § 308; Siegel 105; Fischer 1; Hause 3; Wiener 5; Braeß 25.

33) Obl. Recht II § 61.

34) Siegel § 1.

35) Teil I Titel 11 § 988 ff.

36) Vgl. RGZ 11, 282.

war, wie das mitunter versucht wird[37]). Mißbilligen wir doch heute die Methode des gemeinen Rechts, weitgehend aus dem „Begriffe" eines Rechtsinstituts logische Folgerungen zu ziehen[38]); andernfalls können wir mit den Fragen nach Verkehrssitte und Rechtsschutzbedürfnis schwer an die Zeit des gemeinen Rechts herantreten. Es kann daher das gemeine Recht nur soweit herangezogen werden, als es uns auch für das geltende Recht noch Gründe oder Gegengründe bieten kann.

## § 2. Die Auslobungserklärung.

Hat der Auslober bei Abgabe seiner Erklärung noch kein bestimmtes Gegenüber, erhält er vielmehr erst nachher durch Uebermittlung des Resultats oder bei Geltendmachung des Anspruchs Kenntnis von jenem, so ergibt sich, daß die Auslobungserklärung ein viel bedeutsameres Gewicht in dem Rechtsgeschäft hat, als eine (gewöhnliche) Vertragserklärung, die ja nur als Zwilling der Gegenerklärung voll zu würdigen ist. Die Auslobungserklärung ist daher nach ihren besonderen Erfordernissen besonders sorgfältig zu prüfen.

### 1. Oeffentliche Bekanntgabe.

Man sagt gern, die Auslobungserklärung sei formlos; wenn aber damit gesagt sein soll, daß die notwendige öffentliche Bekanntgabe nicht eine Formalität sei, so ist das nicht zu billigen: fehlt nämlich das Merkmal der öffentlichen Bekanntmachung, so wird man doch nicht sagen können, daß der Erklärungsinhalt mangelhaft sei: es ist eben nur eine Formvorschrift verletzt. Die öffentliche Bekanntgabe ist zwingendes Erfordernis[39]), und es scheint uns ein Streit um Worte zu sein, wenn Elster[40]) meint, auch solche nichtöffentlichen Versprechungen seien (unklagbare) Auslobungen; denn, sprechen Juristen vom Kauf, so meinen sie einen Kauf, der alle gesetzlichen Erfordernisse in sich birgt, nicht aber eine unvollkommene Summe vor Voraussetzungen. Wir verstehen unter Auslobung im Folgenden nur vollgültige Auslobungen im Sinne der §§ 657 ff.

Welchem Zweck dient die öffentliche Kundgebung? Zunächst liegt es im Interesse des Auslobers selbst, daß möglichst Viele von seinem Aufruf erfahren, damit eine möglichst große Wahrscheinlichkeit des Gelingens erreicht werde. Das Gesetz bezweckt aber — zweitens —, daß durch das Ausposaunen eine gewisse Gediegenheit der Erklärung erzielt wird. Kommt nämlich zu dem Auslober ein unbekannter

---

37) Rath 49; vgl. Blumenthal 29.
38) Vgl. Jhering, Scherz und Ernst 1898 S. 245 ff.; v. Mayr 10.
39) Mot II 519; so auch schon im gemeinen Recht: Windscheid § 308, 1.
40) Elster 135.

Mensch als Belohnungsanwärter, so wird jener sich an ein vor der Allgemeinheit gegebenes Versprechen viel stärker gebunden fühlen, also weniger Ausflüchte machen, als wenn es unter Bekannten sich „herumgesprochen" hätte. Die Oeffentlichkeit ist also die Kehrseite der Unbestimmtheit des Adressaten [41]), eine Schutzbestimmung für den zukünftigen Gläubiger [42]). Dem klagenden Gläubiger wird dadurch der Beweis erleichtert, weil die öffentliche Erklärung wesentlich leichter als eine vertrauliche nachzuweisen ist. Wie wirksam diese Schutzbestimmung für die Auslobungsgläubiger ist, ergibt sich aus der äußerst dürftigen Zahl der in die Entscheidungssammlungen aufgenommenen Streitbeispiele [43]).

Was ist nun Oeffentlichkeit? Zunächst denkt man — nicht ganz mit Unrecht — an eine besonders große Menschenzahl; aber das ist nicht Voraussetzung, sondern die Folge des Begriffs. Das Beispiel Fischers [44]), der zwischen 200 und 201 Zuhörern eine Unterscheidung in dieser Frage für möglich hält, ist daher völlig abwegig (so die gesamte Literatur). Voraussetzung für die Oeffentlichkeit ist nicht eine große Zahl der angeredeten Menschen, sondern deren Unbestimmtheit, das Fehlen individueller Bindungen zwischen den Angeredeten [45]). Sie müssen also als „Bürger", als „Passanten" usw in Erscheinung treten. Am treffendsten ist wohl Mayr's Erläuterung [46]): die Oeffentlichkeit fängt da an, wo die Vertraulichkeit aufhört. Wo nun im Einzelfalle die Oeffentlichkeit gegeben ist, ist Tatfrage [47]). So sind Versprechungen vor den Mitgesellschaftern, vor den Kameraden im Bataillonsoffizierkorps usw meist keine öffentlichen, dagegen vor den Mitgliedern eines großen Vereins, dessen Mitgliedschaft schematisch erworben wird, öffentliche Erklärungen [48]).

Die Oeffentlichkeit, an die kundgegeben werden soll, dient also als ein Ersatz für den fehlenden Vertragsgegner [49]). Aber: spricht man nicht von der „Nichtempfangsbedürftigkeit" der Auslobung? Wäre daraus nicht zu schließen, daß es überhaupt gar keines Erklärungsgegners bedarf? Sagen doch die Motive ausdrücklich [50]), daß die Auslobung keinen Empfangsgegner habe; und viele Andere,

---

41) v. Mayr 15.
42) Tilka 26; Blumenthal 10; Braeß 26.
43) v. Mayr 11/12.
44) Fischer 26.
45) Planck § 657, 2 b; Enneccerus-Lehmann § 156, 3; Tilka 70; Fischer 37; Bading 10.
46) v. Mayr 18.
47) Planck § 657, 2 b; Fischer 36; abweichend Tilka 72; Eberdt 10.
48) Leonhard bes. Sch. R. § 125; v. Mayr 19; Tilka 70; ebenso Planck § 657, 2 b.
49) v. Mayr 17; Manigk 316; Tilka 72.
50) Mot II 520.

daß sie nichtempfangsbedürftig sei[51])! Man hat aber schon längst erkannt, daß eine Erklärung ohne einen Empfänger (Zuhörer) ein Unding ist[52]). Eine Erklärung, die an niemanden gelangt (Ruf in der Wüste, vergessener Brief), ist ein Monolog und hat keinerlei Rechtsbedeutung[53]). Man hat daher solche Erklärungen, die nicht an einen bestimmten Gegner abzugeben sind, „nicht-richtungsbedürftig" genannt, und dieser Ausdruck ist dem bisherigen in der Klarheit durchaus überlegen. Auch die Auslobungserklärung ist also zwar nicht-richtungsbedürftig, aber zugangsbedürftig. Fordern wir eine Instanz, die als Hörer, als Empfänger fungieren soll, so erscheint uns mithin unbedenklich, die Oeffentlichkeit als Empfänger anzusehen[54]). Es ist dies von großer Bedeutung für die Auslegung; die Erklärung kann also nur so ausgelegt werden, wie sie von der Allgemeinheit verstanden werden muß, nicht aber, wie sie vielleicht (abweichend davon) von dem Handelnden verstanden wurde. Der gewählte Weg in die Oeffentlichkeit ist gleichgültig[55]). Meist wird der Zugang direkt erfolgen (Zeitungsanzeige), er kann auch durch Mittelspersonen geschehen (durch Rundfunkansager oder den veröffentlichenden Polizeipräsidenten)[56]), er kann an wenige zum „Weitersagen" erfolgen (Neugierige, Journalisten an der Mordstelle)[57]). In den letzten Beispielen handelt es sich um denjenigen Zugang, welcher dem Empfänger das Kenntnisnehmen auf dem gewollten, verkehrsüblichen Wege ermöglicht, wobei es unerheblich bleibt, ob die Allgemeinheit wirklich diese erwünschte Kenntnis erhält (Empfangstheorie)[58]). Die Möglichkeit Kenntnis zu nehmen ist allerdings unerläßlich, daher ist das Beispiel Retzlaffs[59]) unzutreffend, daß ein Plakat, das in der Dunkelheit angeklebt und in derselben Nacht noch abgerissen sei, der Allgemeinheit zugegangen sein soll; vielmehr wäre doch die Erklärung erst mit dem Aufleben des Verkehrs am Morgen für die Bürger lesbar geworden, also dann erst zugegangen.

Abgesehen von der Vorschrift der öffentlichen Bekanntmachung ist die Erklärung formlos, der Weg in die Oeffentlichkeit ist also gleichgültig[60]). Auch die Auslobungen durch konkludente Handlung, für die man den Namen „Realauslobung" erdacht hat, sind möglich: so der Klettermast auf dem Schulfest; die ins Wasser geworfene

---

51) Becker 25; Hause 35; Braeß 13.
52) Manigk 314.
53) Manigk 334; Tilka 51; Bading 21; im Ergebnis auch Hause 45.
54) Manigk 316, 319; Fischer 20; Tilka 72.
55) Mot II 519.
56) RGZ 11, 282; OAppGer Lübeck Seufferts Arch IX Nr. 275.
57) RGZ 27, 251: der Leserkreis trägt weiter.
58) Leonhard bes. Sch. R. § 125; Enneccerus-Nipperdey § 149 A II.
59) Retzlaff 67.
60) Mot II 519.

Münze, nach der italienische Hafenjungens tauchen sollen [61]; auch jener, wohl von Tilka [62] beobachtete Fall, daß „eine dem Ertrinken nahe, stumme oder sonst am Sprechen verhinderte Person einer am Ufer versammelten Menschenmenge die Geldbörse zeigt".

## 2. Erklärungsinhalt.

### a) Wirksamkeit.

Der Inhalt der Erklärung ist zunächst nach allgemeinen Gesichtspunkten zu prüfen, sodann nach den speziellen Auslobungsmerkmalen. Der Auslober muß die erforderliche Geschäftsfähigkeit haben (BGB §§ 2, 107, 112); gleichgültig ist, ob eine natürliche oder eine juristische Person z. B. eine Behörde erklärt.

Auch hinsichtlich der inneren Kraft der Erklärung sind die allgemeinen Regeln anzuwenden. Kohler, der die Auslobung für einen besonderen Werkvertrag hält, müßte wohl wesentlich engere Auslegungsgrenzen ziehen, weil er auf beiden Seiten klagbar-schutzwürdige Leistungen verlangen müßte, während unsere Auffassung des annahmelosen Versprechens eine Klagbarkeit nur gegen die eine Seite (des Auslobers) in sich birgt. Die Auslobung muß nur ganz allgemein innerhalb von Ernstlichkeit, guter Sitte und Gesetz sein [63]; ferner muß sie bestimmt sein.

Wir unterscheiden meist eine allgemeine Sittenwidrigkeit und die spezielle (Wucher, Knebelung). Die Rechtserheblichkeit der Sittenwidrigkeit bedeutet ein Zugeständnis des Rechtes an die außerhalb des Rechts liegenden, moralischen Regeln der Gesellschaft. So wird z. B. für unsittlich angesehen, wenn jemand sich oder einen anderen zur Eheschließung klagbar verpflichten wollte (sofern man dies nicht rechtlich aus §§ 657, 1297 begründen will); eine dahingehende Auslobung wäre daher nichtig. Unsittlich wäre auch der ausgelobte Kuß nach § 138, ein Beispiel, das außerordentlich oft angeführt wird [64]. Schwieriger ist die spezielle Unsittlichkeit festzustellen, ein unsittliches Mißverhältnis von Belohnung und Handlungswert; denn es ist ja gerade eine gewollte Eigentümlichkeit der Auslobung, daß die hohe Belohnung den Handlungswert übertreffe, sodaß nicht gerade „Wucher" oder „Knebelung", aber etwa Unvernunft in Frage kommen kann. Man wird dies wohl in manchen Renommierversprechen (1000 RM, wer mein Taschenmesser zerbricht) u. ä. erkennen müssen [65]. Unrichtig

---

61) Braeß 40.
62) Tilka 73.
63) Planck vor § 657 IV 1.
64) Dernburg Bürg. R. II § 335 II 2; v. Mayr 74; Tilka 60; Becker 33; Wiener 38; Retzlaff 59; Blumenthal 53.
65) Planck § 657, 2 a; Braeß 34/35; Wiener 32.

ist aber die Meinung[66]), daß in der Möglichkeit sehr vieler Handlungen eine Knebelung des Auslobers und daher Nichtigkeit liege. Der Verkehr hat sich dagegen entschieden; es ist Frage der Auslegung[67]), ob nur die erste oder alle vollzogenen Handlungen anspruchbegründend sein sollen. Wie häufig werden auf getötetes Ungeziefer z. B. Kreuzottern, Ratten usw Belohnungen ausgesetzt — dabei kommt es ja gerade auf die Vielheit der Handlungen an[68]); wird es dem Auslober schließlich zu teuer, dann mag er, mit Wirkung ex nunc, widerrufen[69]).

Auch die Frage der Willensmängel ist in der Lehre der Auslobung nicht uninteressant. Zunächst ist daran festzuhalten, daß es nicht allein darauf ankommt, was der Auslober wirklich gewollt hatte, als vielmehr, welcher Wille in seiner Erklärung festgelegt erscheint[70]). Hauptbeispiel ist für die Auslobung der Fall, daß der Auslober die wirkliche Vollziehung der Handlung innerlich garnicht wünscht. Schütze[71]) sieht darin immer Nichternstlichkeit, also Nichtigkeit. (Andere bringen diesen Fall unter die Wette s. u.). Aber das ist nicht haltbar. Hat der Auslober in der Umwelt irgend einen Glauben an seine Auslobung erwecken wollen (und warum sonst wird er öffentlich bekannt geben?), so ist sein geheimes Nichtwollen unerheblich, § 116[72]). Damit zählen die Reklameauslobungen grundsätzlich zu den gültigen Erklärungen[73]); wären doch sonst die Menschen vogelfrei gegen hemmungslose Reklamekniffe[74]). Will aber der Auslober wirklich sich nicht ernstlich verpflichten, so ist nach § 118 zu verfahren. Hat nun jemand z. B. ausgelobt: 100 RM dem, der mir einen Fehler in meiner Logarithmentafel nachweist, so zeigt sich darin garnicht einmal ohne weiteres das Fehlen von Verpflichtungswillen[75]). Er kann gerade daran interessiert sein, unerwünschte Fehler zukünftig abzustellen, oder außerhalb seines Geschäftsmotives eine Reklameabsicht verfolgen. Es kommt ferner hinzu, daß der Auslober in der Erwartung, der Willensmangel werde erkannt, ausgelobt haben muß; auch das wird selten vorliegen; denn er will ja meist keine Gleichgültigkeit in der Umwelt, sondern irgend einen Glauben

---

66) Schütze Jahrb. gem. Recht 1862 V 33 ff.; wie hier: Becker 27; Wiener 32 usw.

67) Leonhard bes. Sch. R. § 126.

68) Bading 14.

69) v. Mayr 37.

70) Leonhard bes. Sch. R. § 125.

71) Jahrb. S. 46.

72) Leonhard bes. Sch. R. § 125.

73) Leonhard ebenda; Planck § 657, 2 a; a. A. Dernburg Bürg. R. II § 335 II

74) Leonhard ebenda; Fischer 35.

75) Leonhard daselbst; Oertmann vor § 657, 2 a; Planck vor § 657 III 3 u. § 657, 2 c; Staudinger vor § 657 IV; Enneccerus-Lehmann § 156, 4; Jung bei Stammler § 204; v. Mayr 25; Windscheid § 308 Anm 9; Fischer 33; Mot II 520.

hervorrufen[76]). Es müßte sich solche Erwartung aus der Erklärung und ihren Umständen irgendwie rechtfertigen lassen; der Grundsatz des Vertrauensschutzes verlangt, daß man eine Erklärung so gegen sich gelten lassen muß, wie sie der Gegner, also hier die Allgemeinheit, auffassen muß; und wenn man daher eine Erklärung vernimmt, wird man immer zunächst an ihre Gültigkeit und Ernstlichkeit glauben. Ergibt sich aber wirklich im konkreten Falle Nichtigkeit aus § 118, so haftet der Auslober dennoch einem Handelnden auf das Vertrauensinteresse, § 122. Hielt er aber das Vollziehen für unmöglich, so käme Motivirrtum in Betracht. Schließlich kann Verstoß gegen das Gesetz die Nichtigkeit der Auslobungserklärung begründen z. B., wenn Umgehung von Maßnahmen der Zwangswirtschaft belohnt werden soll. Es erscheint mithin weder ein negatives, noch ein Reklameinteresse, noch das Interesse an vielen Handlungen für sich genommen als ausreichender Grund, der gegen die Gültigkeit einer Auslobung spricht.

### b) Belohnung.

In der Auslobung muß die gewollte Verpflichtung genannt sein: die Belohnung. Aus dem Wort Belohnung haben Manche herauslesen wollen, daß nur eine geldwerte Leistung in Frage kommen könne[77]). Allein aus dem Wort ergibt sich das keinesfalls; waren denn die Orden, die Titel nicht auch Belohnungen, und zwar ideelle Belohnungen? Und warum sollen wir innerhalb der privatrechtlichen Auslobung der Belohnung eine andere Wortbedeutung geben? Mit den Erklärungen: sozialer Vorteil[78]), geldwerter Vorteil[79]), wirtschaftliches Interesse[80]) ist nichts gewonnen.

Die „Belohnung" des § 657 ist nichts anderes als eine (unnötigerweise) andere Bezeichnung für die Leistung des § 241[81]). Unter Berufung auf das römische Recht ist nun behauptet worden, für die Leistung komme nur ein Vermögensrecht in Frage: ein Recht, das sich irgendwie geldlich auffassen lasse[82]). Das wichtigste Motiv zu dieser Ansicht ist, daß man versuchte, eine praktische Abgrenzung gegenüber unklagbaren Verpflichtungen zu bekommen; aber ist denn die Grenze des Vermögensrechtes wirklich so einfach zu ziehen? Dernburg hielt es noch[83]) für unklagbar, wenn jemand seinen Nach-

76) Blumenthal 52.
77) Eberdt 19; Fischer-Henle § 657, 2, trotz § 241, 4; wie hier: v. Mayr 23 und h. M.
78) Staudinger § 657, 5.
79) Dernburg Bürg. R. II § 335 II 2; Fischer-Henle § 657, 2.
80) Staudinger § 657, 5; Braeß 41; Cosack allg. T. § 80.
81) Planck § 657, 4; Oertmann § 657, 3; Hahn 46.
82) Dernburg Bürg. R. II § 84 u. Pand II § 17; Oertmann § 241, 1 b; § 657, 3; so wohl auch Jung bei Stammler § 145.
83) Aeltere Aufl. Pand II § 17 Anm 6.

bar verpflichtet, zu bestimmten Tageszeiten nicht Klavier zu spielen; wenn aber der (nervöse) Herr nun umziehen muß, weil er in der Doktorarbeit gestört wird, läge dann nicht selbst hierin vermögensrechtliche Bedeutung? Die Verkehrsanschauung hat sich daher über das Erfordernis des Vermögensrechtlichen hinweggesetzt. In § 241, der zwar keine Stellung zu dem Problem nimmt [84]), wird von „Tun oder Unterlassen" gesprochen, daraus ergibt sich keinesfalls die Beschränkung auf Vermögensrechte [85]). Andererseits kann man aber, wie aus § 253 hervorgeht, einen Nichtvermögensschaden einklagen (Widerruf: § 824). Ist ferner das Recht am Namen, am eigenen Bilde nicht auch Gegenstand von Verpflichtungen? Oertmann, der meint [86]), auch ideale Wünsche könnten auf dem Umwege über die geldliche Vertragsstrafe zum Gegenstand von Verpflichtungen werden, beweist damit das Unpraktische der bekämpften Ansicht. Wir können mithin nicht das Geldwert-Interesse für notwendiges Erfordernis der Leistungsverpflichtung, also der ausgelobten Belohnung halten [87]).

Erforderlich ist vielmehr abgesehen von den wichtigen Schranken der §§ 134, 138, 226 der rechtlich einwandfreie Verpflichtungswille [88]) des Erklärenden und das Rechtsschutzbedürfnis [89]). Jemand lobt z. B. aus: wer meinen Sohn aus der kommunistischen Partei herauszieht, dem will ich lebenslang dankbar sein und ihn Freund und Bruder nennen: sicherlich unklagbar! Aber die §§ 138, 226 scheinen unanwendbar; hier fehlt das Bedürfnis die Justiz in Anspruch zu nehmen, die Klage wäre unvernünftig. Für nichtschutzwürdig ist zu halten, was auf Laune, Religion, Sitte, Gesellschaftlichkeit, Freundschaft usw beruht. Also würde die Verpflichtung, die Religion zu wechseln [90]) der Schutzwürdigkeit entbehren; nicht aber die Verpflichtung eine Kirche zu bauen (wie Dernburg folgern will) [91]). Die Schutzwürdigkeit läßt sich aber auch nur aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus bestimmen und läßt damit, nicht anders als das Geldinteresse, dem richterlichen Ermessen großen Spielraum.

Schließlich muß die Leistung bestimmt sein. Damit wird materiell nichts anderes verlangt, als die Klage-Substantiierung im Zivilprozeß. Es ist dabei nicht erforderlich, daß eine ziffernmäßig festbestimmte Leistung versprochen wird; es darf sich auch die Berechnung der Leistung aus dem Sinn ergeben, wenn genügend

84) Prot I 280 gg Mot II 3 u. 5.
85) Staudinger vor § 241 I 8.
86) Oertmann § 241, 1 b a E.; Dernburg Bürg. R. II § 84 Anm 5.
87) Enneccerus-Lehmann § 1 II 2; Leonhard allg. Schuldr. § 19; Staudinger § 241, 6; Windscheid-Kipp § 251 Ziff III; auch schon Windscheid § 250 vor Anm. 3.
88) Cosack I § 80.
89) Ablehnend Leonhard allg. Sch. R. § 19; wie hier: Enneccerus-Lehmann § 1; Staudinger vor § 241; Planck vor § 241; a. A. auch v. Mayr 23, 24.
90) Tilka 60.
91) Dernburg Bürg. R. II § 84.

Faktoren und ein Maßstab gegeben sind[92]. Daher ist als bestimmt anzusehen: hohe oder angemessene Belohnung, weil dies ein bestimmtes Verhältnis zur Verkehrssitte und Billigkeit einerseits, zum Handlungswert andererseits andeutet. Man wird mit dem Erfordernis der Bestimmtheit nicht kleinlich sein dürfen; wäre man es nämlich, dann würde, wer hohe Belohnung auslobt, wegen mangelnder Bestimmtheit unverpflichtet sein. Fraglich ist dabei nur, wer die Errechnung der Belohnungshöhe dann vorzunehmen hat: der Auslober oder der Gläubiger? Becker[93]) will hier den handelnden Gläubiger entscheiden lassen wegen § 316; allein wenn schon die Begriffe Leistung und Gegenleistung kaum hierher zu passen scheinen[94]), so gilt der § 316 doch nur im Zweifel, der aber durch die entgegenstehende Verkehrssitte ausgeräumt sein dürfte[95]). Denn es scheint uns üblich zu sein, daß nicht der Gläubiger, sondern der Auslober die genaue Höhe festsetzt. Fällt dann die Belohnung zu gering aus, so mag der Gläubiger auf „gute" Belohnung klagen und die Nachprüfung seines Anspruches, der dem Grunde nach feststeht, dem Richter unterbreiten.

Belohnung kann also jedwede Leistung sein; möglich sind z. B. Medaillen, Diplome, Weltmeistertitel, Ehrenmitgliedschaft, vier Wochen Aufenthalt in Borkum, Stipendium für das Studium, gute Belohnung, 10% der wiedergefundenen Geldsumme u. a. m.

### c) Handlung.

Auch die Handlung muß in der Auslobungserklärung genannt sein; d. h. eine „menschliche Handlung"[96]). Damit scheiden alle Ereignisse, Zufälle, Zustände, Tatsachen usw aus. Das öfters verwendete Beispiel „100 RM dem, der nach meiner Zahncreme jemals wieder Zahnschmerz bekommt"[97]), ist keine Auslobung, sondern Wette, weil es sich nicht um ein Anreizen zu einem Tun, sondern um den ungewissen[98]) Eintritt eines Ereignisses handelt, um die Bewährung der Meinung von der Unfehlbarkeit des Cremes. Hierin liegt das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal gegen die Wette, die nach Einigen in derselben äußeren Gestalt wie die Auslobung (durch öffentliche Erklärung an persona incerta) erscheinen kann[99]). Lehnt

---

92) Leonhard allg. Sch. R. § 33.
93) Becker 33.
94) Wiener 39.
95) Braeß 42; Rath 43/44.
96) Planck § 657, 2e; Oertmann vor § 657, 2b.
97) Fischer 35; Rath 33; Wiener 31; Becker 28.
98) Leonhard bes. Sch. R. § 156.
99) Kohler Arch. Bürg. R. 25, 3; Planck IV. Aufl. vor § 657 III 3 und vor § 762 III 2 d; Leonhard bes. Sch. R. § 125; v. Mayr 27; a. A. Oertmann vor § 762, 5; Enneccerus-Lehmann § 156 Anm 6; Windscheid § 420, 1.

man aber die Möglichkeit dieser Gestalt der Wette ab, trotzdem das BGB nicht von Wettvertrag spricht, dann bleibt nur übrig ein Nichts, mangelhaftes Schenkungsversprechen anzunehmen. Die mitunter vertretene Meinung, daß es sich für die Auslobung nur um Erfolgsleistungen handeln kann[100]), ist innerhalb des BGB nicht mehr haltbar. Abgesehen davon, daß auch Kohler Dauerhandlungen, also Dienste, für möglichen Inhalt seines Auslobungs-Werkvertrages erklärt[101]), hat das BGB im § 657 (unnötigerweise) die Erfolgsherbeiführung als wichtigstes Beispiel genannt; also sind auch andere Handlungen, also Dienste möglich. Das ALR hatte[102]) nur nützliche, gemeinnützige Interessen anerkannt, aber schon in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts mußte eine weitherzige Auslegung Platz greifen; aber es könnte sich aus diesem Gedankengang irgend eine Beschränkung auch heute noch erhalten haben. Vielleicht tritt gar die Schutzwürdigkeit an die Stelle der Nützlichkeit des ALR? Das wäre aber unrichtig; die Schutzwürdigkeit soll den Schuldner davor schützen, daß er wegen gemißbilligter Verpflichtung drangsaliert wird — gerade dieses Schutzbedürfnis fehlt bei der Auslobungshandlung! Wäre nämlich eine zu mißbilligende Handlung ausgelobt, so kann doch niemand zur Vollziehung durch Klage und Vollstreckung gedrängt werden, weil die Handlung im freien Belieben der Allgemeinheit, der Bürger steht. Es ist damit keinerlei Bedürfnis für einen Schutz irgend jemandes gegeben, lediglich die Rücksicht auf die Umwelt verlangt die Schranke der §§ 134, 138. Abgesehen davon kann also Handlung ein jedes irgendwie geartetes menschliches Tätigwerden sein, gleichgültig ob es sich als Inhalt einer klagbaren Leistungspflicht eignet[103]). Ist die Handlung aber unmöglich, so wird man wegen Analogie des § 306 Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts anzunehmen haben.

Die weitaus meisten Auslobungen haben eine Erfolgsherbeiführung zum Gegenstand; so werden Mitteilungen[104]), die Entdeckung von verlorenem, gestohlenem Gut ausgelobt, von Missetätern oder Vermißten, nicht selten werden auch die „gesteigerten Leistungen menschlichen Könnens", Expedition in die Wüste, Weltrekorde usw, das Betreten eines Löwenkäfigs[105]) ausgelobt. Ferner: das Hautgeben zur Transplantation[106]); alles Handlungen, die sich als

100) Kohler Lehrbuch § 135 und Arch. Bürg. R. 25, 1; de lege ferenda auch Bähr zu § 654.
101) Arch. Bürg. R. 25, 6.
102) ALR I 11 § 988.
103) Windscheid § 308, 1; Planck § 657, 2c; Crome System § 279 I; Oertmann vor § 657, 2b; v. Mayr 78 (unbegrenzte Möglichkeiten); OLG. Köln betr Dasbach-Hoensbroech bei Hamm DJZtg 1905, 393.
104) RGZ 11, 281; OLG (Hamburg) 10, 181.
105) Retzlaff 31.
106) Retzlaff 68.

Gegenstand einer Leistungspflicht nicht eignen dürften. Möglich ist eine Willenserklärung, auch der Abschluß eines Rechtsgeschäfts (1000 RM dem, der Herrn Neureich den Rembrandt abkauft). Sonderbarerweise findet Fischer[107]) es sonderbar, daß Rechtsgeschäfte, insbesondere, daß Verträge als Handlung, als Teil der Auslobung, erscheinen können. Wer zweifelt aber daran, daß die Verzeihung, der Undank, die Kündigung, die Mahnung usw auch durch Verträge in Erscheinung treten können[108])? Der betrogene Ehemann schenkt seiner Frau trotz Kenntnis des Ehebruchs einen Schmuck: einwandfreie Verzeihung; ist nicht nahezu jedwede Vertragserfüllung auch wieder ein Vertrag (Uebereignung, Wechsel an Zahlungsstatt)? Möglich ist ferner eine Unterlassung; allerdings wird man vernünftigerweise hier eine Befristung der kritischen Zeit verlangen müssen[109]), weil die Auslobungserklärung sonst nicht bestimmt genug erscheint.

### d) Andere Bestandteile.

Außer den notwendigen Voraussetzungen, Erklärung, Oeffentlichkeit, Belohnung und Handlung, können einige Zusatzbestandteile in die Erscheinung treten. Dahin gehört zunächst die Befristung, die im freien Belieben des Auslobers (nicht aber des Ausschreibers) steht. Ferner gehört dazu der Ausschluß des Widerrufs, der im Zweifel in der Befristung liegen soll, § 658 a. E.

### e) Der begünstigte Personenkreis.

Es kann nun entweder ausdrücklich oder durch den Sinn der Auslobung bestimmt sein, daß nur ein bestimmter Personenkreis begünstigt sein soll, daß also nicht jedermann schlechthin belohnungsberechtigt sein soll[110]) (hier entsteht damit eine gewisse Parallele zum Vertrag zu Rechten Dritter). Soweit dadurch allerdings das Merkmal der **persona incerta** verwischt wird, wäre solche Beschränkung nicht angängig und man hätte dann nach § 139 über die Gültigkeit zu entscheiden. Hat aber grundsätzlich jedermann[111]) die Aussicht auf die Belohnung, so muß die ausnahmsweise Beschränkung sich irgendwie deutlich erkennbar ergeben.

Es kann sich zunächst eine Begrenzung auf einen Personenkreis ergeben: eine politische Partei wendet sich nur an ihre Mitglieder; sicherlich sind diese als begrenzte Allgemeinheit, also als personae incertae anzusehen. Ist aber der Kreis so eng umgrenzt, daß die

---

107) Fischer 25.
108) Hause 34.
109) Bading 11; Wiener 44.
110) Leonhard bes. Schuldrecht § 125; Oertmann § 657, 4; Enneccerus-Lehmann § 156 Anm 4.
111) Elster 134; auch v. Mayr 20.

Betreffenden dem Auslober individuell entgegenstehen (die Vereins-Ortsgruppe), dann liegt keine Auslobung an persona incerta, sondern etwas anderes vor, etwa eine Vertragsofferte [112]).

Eine ähnliche Beschränkung ist der Ausschluß gewisser Kreise, z. B. der Berufssportler. Hierhin gehört die Ansicht (Gronemann), daß Auslobungen, welche irgend eine Strafverfolgung betreffen, sich grundsätzlich nicht an Polizeibeamte richten; werden also 1000 RM demjenigen versprochen, der das Diebesgut wieder herbeischafft, so sei diese Auslobung nicht an Kriminalbeamte gerichtet. Diese Ausnahme vom Grundsatz, daß regelmäßig alle Menschen begünstigt sind, scheint uns nicht richtig [113]). Dafür könnte zwar der § 331 StGB sprechen; die Auslobung könnte als Bestechung des Beamten angesehen werden. Allein sowohl das Reich [114]), als auch der preuß. Staat haben unter bestimmten Bedingungen [115]) auf diesen Strafanspruch verzichtet (Ausschluß der Rechtswidrigkeit); wozu sie zweifellos berechtigt sind, da ihr eigenes staatliches Interesse als das geschützte Rechtsgut erscheint, während im Allgemeinen allerdings der Verletzte nicht auf Straflosigkeit des Täters plädieren kann (StGB § 216). In Preußen ist der Beamte verpflichtet, die Genehmigung des Regierungspräsidenten zum Empfang einzuholen; die Zahlung geht durch die vorgesetzte Behörde, welche eine angemessene Verteilung an die beteiligten Beamten vorzunehmen hat. Grundsätzlich soll der Beamte etwa 50% der Belohnung selbst erhalten [116]). Durch diese Maßregel soll das Feingefühl der Beamten für den § 331 StGB wach gehalten werden [117]). Die Auslobung ändert mithin nicht etwa ihre Bedeutung deshalb, weil gerade ein Polizist die Handlung vollzieht. Wird freilich eine der Beamtenpflichten, die sich aus der Verfügung des Innenministers ergeben, versäumt, so ist die Auslobung wegen StGB § 331 und BGB § 134 den Beamten gegenüber nichtig, lebt auch nicht etwa nach der Dienstentlassung auf [118]); anderen Personen gegenüber aber ist sie gültig. Hat mithin das maßgebende öffentliche Recht die Möglichkeit in Rechnung gezogen, an Beamte auszuloben, so hat das Privatrecht keine Berechtigung, diese auszuschließen [119]). Aus ähnlichen Gesichtspunkten ist auch der Einwand abzulehnen, daß der Polizist deshalb nicht Gläubiger werden könnte, weil er bereits eine amtliche Verpflichtung zum Handeln habe, er

---

112) Planck § 657, 2b.
113) Warneyer § 660; Staudinger § 660, 1b.
114) RBeamtGes § 15 II.
115) Verfügung des Innenministers betr Annahme von Geschenken durch Polizeibeamte 9. II. 21 bei Grotefendt S. 203.
116) Vfg. Ziff 5.
117) Brandt § 166, 3.
118) Vgl. Gronemann 24.
119) OLG (Hamburg) 10, 182.

also nicht mehr anzuspornen sei. Dagegen ist aber zu sagen, daß man seine Pflicht mehr oder weniger intensiv tun kann, und daß dies dem Auslober bekannt sein dürfte. Es ist ja auch der Finder zur Ablieferung verpflichtet und wird doch Gläubiger der Auslobung[120]; auch der Zeuge hat die Wahrheit zu sagen wegen der Eidespflicht; sollte er leer ausgehen, wenn er die erwünschte Mitteilung bekundet? Schlägt man das „Deutsche Kriminalblatt" (nur für Dienstgebrauch!), auf, so wird man finden, daß bei vielen Fahndungen auf eine laufende Auslobung ausdrücklich hingewiesen wird. Sollte man daran zweifeln dürfen, daß damit gerade die Beamten angespornt werden sollen? Die konkurrierende Amtspflicht ist also kein Grund, die Beamten von der Aussicht auf die Belohnung irgendwie auszuschließen. Mithin können nur besondere Gründe für einen Ausschluß der Polizisten sprechen; wenn sich also aus Wortlaut oder Sinn der Auslobung ergibt, daß von dem Grundsatz abgewichen werden soll. Das aber scheint nur selten der Fall zu sein.

Eine weitere Ausschlußmöglichkeit aus dem Kreise der Begünstigten ergibt sich aus der Frage: kann sich der Auslober selbst die Belohnung verdienen? Im Allgemeinen hat dies ja nur geringe praktische Bedeutung; findet er nämlich selbst seine Uhr wieder, so endet die Auslobung wegen Zweckerreichung. Anders aber beim Zusammenwirken Mehrerer: soll hier der Auslober, der mitgewirkt hat, auch seinen Anteil an dem Erfolge mit in Rechnung stellen dürfen? Das scheint uns unrichtig zu sein. Schon das ALR (§ 991) hat den Auslober nur bei ausdrücklichem Vorbehalt zugelassen. Aus dem Sinn der Auslobung, Mithelfer zu suchen und anzuspornen, scheint uns hervorzugehen, daß die (selbstverständliche) Mitarbeit des Auslobers ohne Bedeutung gegenüber dem Belohnungsanspruch der Handelnden sein soll. Er steht daher außer Konkurrenz. Faßt man die Frage weiter, so könnte sich daraus ergeben, daß Auslobungen von Behörden usw sich nicht auch an die eigenen Beamten und Angestellten richten. Aber auch hier scheint uns nicht richtig, ohne zwingenden Grund, die Untergebenen wegen der Dienstpflichten dahingehend mit ihrem Arbeitgeber zu identifizieren. Interessant ist, daß die amtlichen Auslober meist für nötig halten, sich ausdrücklich „an das Publikum" zu richten, so die Reichsbahn und die Reichsregierung anläßlich der Eisenbahnattentate im Spätsommer 1931 („wer aus dem Publikum ...").

Eine letzte Ausschlußmöglichkeit besteht gegenüber demjenigen, der den Auslober in die unerwünschte Lage gebracht hat; der Missetäter hat grundsätzlich keinen Anspruch auf die Belohnung, wenn er das Gestohlene zurückbringt oder wenn er sich der Behörde stellt[121]).

120) Tilka 68.
121) Tilka 68.

Auch hier liegt dann Zweckerreichung vor, die Auslobung endet. Immerhin kommt es vor, daß der Auslober so sehr an der Heilung der Missetat interessiert ist, daß er auch den Missetäter anspornen will. Diese Ausnahme von der Regel (Haß gegen den Dieb), wird z. B. ausgedrückt durch den Zusatz „Fragen werden nicht gestellt" [122]), „Diskretion zugesichert". Hier erscheint die Belohnung als Lösegeld, als Rückkauf. Nicht richtig ist aber wohl die Ansicht [123]) daß selbst unter diesen Umständen der Anspruch des Missetäters zurückzuschlagen sei, weil dieser nach § 249 den gesamten Schaden zu ersetzen hatte. Der Auslober hat durch den besonderen Zusatz auf seinen Schadensanspruch verzichtet, er hat daher zu leisten.

Die Auslobung ist mithin grundsätzlich für alle Menschen der Welt bestimmt mit Ausnahme der Missetäter und des Auslobers selbst. Sollen weitere Menschengruppen nicht begünstigt sein, so müssen diese Ausnahmen sich auf besondere Gründe im Wortlaut oder in den Umständen der Auslobung stützen.

## § 3. Annahme nicht nötig.

### 1. Einseitige Rechtsgeschäfte.

Die Prüfung der Frage, ob die Auslobung ein Vertrag oder ein die Annahme nicht erforderndes (einseitiges) Rechtsgeschäft ist, führt uns zunächst zu dem Problem, ob denn überhaupt ein annahmeloses Versprechen eine Leistungspflicht erzeugen könne. Schon dies wird von einigen verneint [124]); weil aber das BGB solche Fälle im § 305 ausdrücklich erwähnt, so muß dieser Frage nachgegangen werden.

#### a) Geschichte.

Im römischen Recht war einer der wichtigsten Grundsätze, daß man nur durch Vertrag einem anderen gegenüber sich rechtsgeschäftlich verpflichten könne [125]); aus dem consensus entsprang die Schuldverpflichtung. Folgerichtig haftete auch der Offerte (vor dem consensus) nur eine sehr schwache Kraft an, man kann ihr kaum mehr als rein tatsächliche Bedeutung zumessen [126]); sie ging mit dem Tode des Offerierenden schlechthin unter, sie war widerruflich usw. Lag aber das Hauptgewicht der Schuldbegründung beim consensus, so erscheint natürlich, daß sich zwei bestimmte Personen gegenüber stehen mußten: die Römer hatten eine Abneigung gegen Geschäfte mit einer persona

---

122) Fischer 18.
123) Wiener 46.
124) Jung bei Stammler §§ 138, 204, Ihering Jahrb. 69, 62; Fischer 10.
125) Dernburg Pand II § 9.
126) Enneccerus-Nipperdey § 152 III; Staudinger § 145, 1; Windscheid § 307.

incerta [127]). Daher waren auch die Römer für ein Versprechen, also für ein annahmefreies Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen grundsätzlich nicht, für Versprechen gegenüber einer unbestimmten Vielheit von Menschen noch viel weniger zu haben. Ex nuda pollicitatiore nulla actio [128]). Immerhin gab es auch im römischen Recht Ausnahmen von diesen Grundsätzen. Die pollicitatio [129]) war ein Versprechen an eine Stadtgemeinde (persona certa [130])), das nicht der Vertragsannahme durch die Beschenkte bedarf (erforderlich aber bestimmte rechtfertigende Gründe). Soweit es sich hier um Annahmelosigkeit handelt, muß man erkennen, daß hier eine Ausnahme geschaffen wurde, trotzdem hier sakrales Recht (Privileg für die Kirche) hinein spielt [131]); außerdem wird mitgespielt haben [132]), daß die Willensbildung der Körperschaften damals ungleich schwieriger war, als dies heute der Fall ist. Ein anderer ähnlicher Ausnahmefall vom Vertragsgrundsatz war das votum [133]), ein Versprechen religiösen Zweckes an eine religiöse Person (persona certa), das ebenfalls nicht der Vertragsannahme bedurfte [134]), wohl aus den gleichen Gründen, wie die pollicitatio. Handelte es sich bei diesen Ausnahmen um Annahmelosigkeit zwischen zwei bestimmten Personen, so scheint auch das Erfordernis der persona certa bei der Delatorenprämie aufgegeben zu sein. In den Hauptfällen [135]) handelt es sich zwar um eine Anstandspflicht, die man unversprochen zu leisten pflegte in Fällen besonderer Hilfeleistung (Anzeige des Mörders). Aber der letzte Fall (Cod 9, 24, 2 „praeposito praemio, quicumque ...") scheint uns wirklich ein Belohnungsversprechen an die Allgemeinheit zu sein [136]). Die Römer hatten also keine uneingeschränkte, nur logische Systematik, sondern ließen, wenn es eben vom Verkehr erfordert wurde, auch mal fünfe grad sein, und es dürfte nicht angebracht sein, „lediglich äußeren Parallelismus" der römischen Ausnahmen und der Auslobung des BGB anzuerkennen [137]), um damit ein rein zivilrechtliches einseitiges Versprechen für das römische Recht zu leugnen: wir haben eine bedeutsame Analogie vor uns.

Innerhalb des deutschen Rechts lag aber das Schwergewicht der Schuldbegründung (wie bereits gesagt) auf dem Versprechen des

127) Tilka 15; Praeß 24.
128) Pauli sent. V 12 § 9; Windscheid § 304 Anm 3.
129) Dig 50, 12, 3 pr; Windscheid § 304, 1.
130) v. Mayr 129.
131) Blumenthal 5.
132) Hause 7; Fischer 6/7.
133) Dig 50, 12, 2; Windscheid § 304, 2; Hause 7.
134) Blumenthal 5.
135) Dig 47, 10, 5 § 11; Dig 38, 2, 4 pr; Cod 7, 20, 2.
136) Blumenthal 6; v. Mayr 130; a. A. Praeß 15.
137) Praeß 25.

Schuldners[138]). Durch sein Hinzutreten erwirbt der Gläubiger die Forderung. Handelt es sich bei den Römern um die Frage des Forderndürfens, so geht es im deutschen Recht um das Versprochenhaben[139]). Die deutschrechtlichen beiden Erklärungen sind mithin ungleichwertig, und es ist natürlich, daß es in diesen Gedankengängen garnicht gezwungen ist, wenn der Gläubiger, der Annehmende, im Augenblick der Erklärung noch nicht vorhanden ist. Die annahmelose Versprechenserklärung stützt sich daher vorwiegend auf deutsches Recht. Immerhin konnte auch das deutsche Recht vernünftigerweise nicht soweit gehen, vor der Annahme eine regelrechte Leistungsverpflichtung anzunehmen, ebensowenig auch gegenüber einem unbestimmten Gläubiger. So kam man zwangsläufig dazu, zu unterscheiden zwischen der Bindung des Schuldners vor dem Hinzutreten des Gläubigers und nach demselben. Nach dem Auftreten ist es die Schuld, vorher die „Wortbindung" (vgl. dazu BGB § 145)[140]). Diese unwiderrufliche, vererbliche Bindung bedeutet lediglich das Bereithalten[141]) des erklärten Willens, das Worthalten, sich zu verpflichten. Mitunter wird fehlerhaft behauptet, daß bei annahmelosen Rechtsgeschäften diese Bindung „dasselbe sei" wie die einseitige Leistungsverpflichtung[142]); eine Leistungspflicht ohne eine bestimmte forderungsberechtigte Person ist ein Unding.

Die Ungleichwertigkeit der Parteierklärungen des deutschen Rechts verblaßte dann unter dem Einfluß des römischen Rechts[143]). Allein noch im BGB finden wir Stellen, in denen dem Schuldnerversprechen die größere Wichtigkeit zugesprochen wird, als der Annahmeerklärung des Gläubigers (§§ 518, 780, 781 usw). Wenn aber Fischer[144]) meint, gerade im heutigen Schuldrecht sei der deutschrechtliche Einfluß besonders schwach, so bedeutet diese, zwar richtige, Bemerkung garnichts für unsere Frage. Im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts hat man zunächst die aus dem römischen Recht stammenden Versprechungen weit ausgelegt: man billigte die pollicitatio auch an Hospitäler, Schulen, Universitäten usw[145]) und Manche gingen dann teils mit deutschem Recht, teils aus Zweckmäßigkeitsgründen soweit, auch schon für das gemeine Recht eine annahmelose Auslobung zu behaupten[146]). Während die Anderen sich immerhin soweit

---

138) Siegel 1 & 48; Becker 5; Fischer 7; Rehme bei Stammler (das gesamte deutsche Recht) S. 426.

139) Blumenthal 9.

140) Siegel § 3—5.

141) Fischer 8.

142) Fälschlich sich auf Siegel berufend: Becker 6; Rath 21; wie hier Siegel § 3—5.

143) Rehme S. 426 (bei Stammler).

144) Fischer 7.

145) Braeß 24.

146) Dernburg Band II § 9; Siegel § 11; Puchta; Brinz; Kuntze; Karlowa; Stobbe; Hasenöhrl.

vom römischen Recht zu lösen vermochten, daß sie eine „Auslobungs-offerte an incerta persona“ für vorliegend erachteten [147]).

b) BGB § 305.

Es ist nicht verwunderlich, wenn bei der Schaffung des BGB über diese wichtige Frage, ob überhanpt die Annahme entbehrlich sei, heiß gekämpft wurde. So hat man zuerst im Entwurf I § 342 das einseitige Versprechen für statthaft erklärt, dann aber wurde es im Entwurf II § 310 für nichtig erklärt, und schließlich ist die erste Regelung im BGB § 305 wiederhergestellt.

Dieser § 305 sagt nun, daß zwar grundsätzlich die rechtsgeschäftliche Leistungspflicht nur aus einem Vertrage erwachse, daß aber das Gesetz auch andere, also annahmelose Rechtsgeschäfte enthalte. Ein eigenartiges Zeichen für die gemeinrechtliche Reminiszenz ist der E. I § 343, in dem man wirklich für notwendig gehalten hat, zu bestimmen, daß die allgemeinen Vertragsgrundsätze auch analog auf annahmelose Versprechen anzuwenden seien [148]); erst später erkannte man, daß dies sich als ganz selbstverständlich erübrige [149]). Das BGB hat also heute bestimmt, daß „in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen“ ein Vertrag nicht erforderlich sei. Dennoch hat man behauptet, daß solche Ausnahmen im Gesetz garnicht enthalten seien. Vielmehr handele es sich in einem jeden Falle ausnahmslos um ein vertragliches Rechtsgeschäft.

Gierke [150]) meint, man dürfe dem Gläubiger den Anspruch nicht aufdrängen, vielmehr das Entstehen des Anspruchs von dem Gläubigerwillen abhängig machen. Einen Anspruch aus dem Vertrag Anderer (§ 328) könne der Gläubiger zurückweisen (§ 333), eine Erbschaft ausschlagen; allein demjenigen, dem „einseitig versprochen“ sei, sei der Anspruch aufgedrängt. Zu diesem Gedanken führt uns Fischer [151]) ein kurioses Beispiel an: der reiche Assessor von X. findet die goldene Uhr der Schusterstochter und will die ausgelobten 20 RM nicht annehmen. Der Schuster kürzt seine Rechnung um 20 RM und weist den dennoch mitangebotenen Betrag zurück, da er aufgerechnet habe, sodaß dem schwergeprüften Assessor das Geld aufgedrängt worden ist. Wenn man solchen abnormen Fall [152]) ernst-

147) Windscheid § 308; Tzschirner § 5; Schütze Jahrb. gem. R. 1862, 33; Ihering; Regelsberger; Vangerow; Exner; Bülow; Unterholzner; Pernice.

148) Mot II 176.

149) Heute geht man andererseits zu weit, indem man untersucht, ob im Rahmen einer Auslobung der BGB § 313 anwendbar sei (Bading 11!, 38; Wiener 43). Fälle, daß ein Grundstück im Wege der Auslobung versprochen wird, sind bis jetzt noch nicht bekannt geworden.

150) Schuldrecht 1917 S. 313 und Bemrk. z. Entw. S. 227 (de lege ferenda); für das geltende Recht aber: Fischer 26.

151) Fischer 27.

152) Hause 31.

haft untersucht, so ist zunächst zu fragen, ob es denn wirklich Aufgabe der Rechtsordnung ist, jemand vor Ansprüchen, die ihm entstehen können, zu schützen? Das Gegenteil scheint uns richtig: der Gläubiger soll geschützt werden; andererseits soll der Schuldner gegen Ueberbeanspruchung geschützt werden. Das Recht ist doch dazu da, die Entstehung und Befriedigung von Ansprüchen zu garantieren[153]), die Rechtsunterworfenen vor Beeinträchtigungen zu schützen. Hält man aber die versprochene Belohnung für eine Beeinträchtigung des Belohnten, so wäre dasselbe auch vom Finderlohn zu sagen[154]), auch der familienrechtliche Unterhaltsanspruch wäre dem Kinde aufgedrängt usw. Spricht man aber nicht vom „glücklichen" Finder, vom „lachenden" Erben? Der Einwand, man solle nicht aufdrängen dürfen, verkennt einmal die Aufgabe einer Rechtsordnung, und kämpft andererseits nicht allein gegen annahmelose Versprechen, sondern auch gegen lebenswichtige Bestandteile des geltenden Rechts an.

Bei allen heutzutage dahin gerechneten Rechtsfiguren leugnet Fischer[155]), wohl beeinflußt von Savigny, die Begründung ohne Annahme. Die Leistungspflicht entstehe erst durch den Gläubigerwillen des anderen; denn es entspreche der „Natur der Sache", daß sich der Verpflichtungswille des Schuldners nicht selbstherrlich über die Grenze seiner Sphäre in diejenige des zukünftigen Gläubigers erstrecke. Eine unbewiesene Behauptung, die nicht einmal richtig ist. Nach Fischer entsteht also der Anspruch aus dem Wechselakzept erst mit dem Augenblick, in dem ich mein Recht geltend mache und damit meinen Gläubigerwillen betätige. Worauf Fischer hier abzielt, ist nicht die Anspruchsbegründung, sondern das Fälligmachen des Anspruches. Wir fragen hier aber garnicht, ob der Gläubiger fällig, geltend macht, sondern ob er geltend machen **kann**, ob der Akzeptant Schuldner ist! Daß der Gläubigerwille sich nicht über die eigene Sphäre hinaus erstrecken könne, ist auch im Hinblick auf § 328 (vgl. § 516 II) unrichtig, denn folgerichtig dürften nach Fischer auch zwei Personen über ihre gemeinsame Sphäre nicht hinauskönnen. Allein der Dritte wird doch zu einer Betätigung gezwungen, wenn er **nicht** Gläubiger werden will (§ 333); also reicht der Wille der Beiden über ihre gemeinsame Sphäre hinaus. Verlangte man aber von dem Dritten einen Gläubigerwillen, also eine Willenserklärung, dann leugnete man damit schlechthin die Rechtsfigur des Vertrages zu Rechten Dritter; denn es läge ja dann ein Vertrag zwischen den Beiden und dem Dritten vor. Fischers Ansicht ist daher abzulehnen.

153) Tilka 33.
154) Tilka 33; Bading 25.
155) Fischer 6, 10; Savigny II § 61.

Hierhin gehören auch die Bedenken, die Jung[156]) äußert. Danach soll man es „garnicht nötig haben", in dem Falle der Auslobung (und anderen) ein annahmeloses Versprechen auszugestalten, weil man „mit dem Vertrage durchaus auskomme". Die Auslobung sei ein eigentümlicher Vertrag, auch könne man in allen anderen Fällen (Schuldverschreibung, Stiftung usw) einen Vertrag annehmen. Hierauf kann nur speziell bei der Auslobung eingegangen werden.

Kohler kommt sozusagen durch die Hintertür zur Vertragstheorie[157]), indem er nicht so sehr mit systematischen Gründen, sondern mit der Aehnlichkeit zwischen Auslobung und Werkvertrag operiert. Er nennt dann seine unbewußte, vorteilhafte Vertragsannahme einen gestreckten Vertragsschluß, ohne etwas damit zu beweisen; mit vorbildlicher Einigkeit ist der Kohler'sche Vorschlag abgelehnt worden.

## 2. Auslobung nach BGB.

### a) Die Motive.

Wenn also der § 305 BGB sagt, daß im Gesetz annahmelose Versprechen verborgen seien, so fragen wir uns, ob wir in der Auslobung ein solches gefunden haben. Die Motive[158]) und Protokolle[159]) erklären nachdrücklichst und mit gewichtigen Argumenten, daß die Auslobung der Entwürfe, die derjenigen des BGB inhaltlich gleichkommt, ein annahmeloses Versprechen sei; auch hat die überwältigende Mehrheit der Literatur dies anerkannt[160]). Dennoch verpflichten uns vier Stimmen, die eine Vertragsnatur annehmen, zur Prüfung der Frage, ob der Wille der Kommissionen wirklich ins Gesetz übergegangen ist: Jakubezky, Fischer, Kohler und Jung. Auffallend viele Vertreter der einen Richtung erklären übrigens auch die andere Richtung für „nicht unrichtig", stehen also ungefähr auf der Mitte: so auf Seiten der Vertragsvertreter: Windscheid[161]), Fischer[162]); auf der anderen Seite: Planck[163]), Staudinger[164]), Wiener[165]).

---

156) Bei Stammler §§ 138, 204, Iherings Jahrb 69, 62.
157) Lehrb II § 135, Arch. Bürg. R. 25, 4 und 5.
158) Mot II 518.
159) Prot II 347 zu § 581.
160) Leonhard bes. Sch. R. § 124 und Iherings Jahrb 39, 207; Lotmar 33; RG Komm. vor § 657; Planck vor § 657 III 1; Staudinger vor § 657, 2; Oertmann § 657; Crome Syst. § 279 I 3; Enneccerus-Lehmann § 156, 2; Windscheid-Kipp § 308 Ziff 1; Endemann § 177 Anm 2; v. Mayr 135, 136; Gierke Sch. R. 1917 § 318; Elster Handwörterbuch (gerade die letzten Drei ziehen de lege ferenda die Vertragstheorie vor).
161) Windscheid § 308 Anm 3.
162) Fischer 16.
163) Planck vor § 657 III 1.
164) Staudinger vor § 657 II 1.
165) Wiener 19.

Die Auffassung, daß die heutige Auslobung ein Vertrag sei, ist aber schon deshalb unzutreffend, weil dann die gesetzliche Regelung unverständlich wäre. Wäre die Auslobung nämlich ein Vertrag, dann wäre zwar die Ausdehnung auch auf öffentlich bekannt gegebene Angebote, nicht aber die Beschränkung auf diese vernünftig[166]). Denn es fehlt das Bedürfnis Auslobungen in vertrautem Kreise auszuschließen, wenn es doch nur auf die Willenseinigung ankäme.

### b) Wortlaut des Gesetzes.

Prüfen wir zunächst den Gesetzestext. Will das Gesetz Bestimmungen über einen Vertrag geben, so finden wir meist ganz klare Ausdrücke: „Vertrag" im § 433 und vor dem 8. Titel, „einig" im § 516, „Annahme" im § 662, „Einigung" im § 873; es scheint, daß man nur im § 607 I sich indifferent ausgedrückt hat, dessen Ausdruck „Darlehn" aber und dessen weitere Bestimmungen „vereinbaren", „bedungen" eindeutig auf die Vertragsnatur hinweisen. Nichts von alledem finden wir im § 657 ff.! Dazu kommt aber der letzte Satzteil des § 657 „auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat". Daraus erhellt, daß auch die „objektive" Handlung geeignet ist, den Anspruch zu begründen. Zu einem Vertragsschluß wäre die Willenseinigung (Kenntnis, Geschäftswille) notwendiges Tatbestandsmerkmal. Wird daher hier auch durch den nichtwissenden Handelnden der Anspruch begründet, so deutet das auf die Annahmelosigkeit der Auslobung[167]); eine nach der Handlung erforderte Willenserklärung erscheint als fremdartige Ergänzung des Textes[168]). Die Bedeutung des Wortlauts des § 657 wird noch unterstrichen durch die folgenden §§, die sich alle nur mit der Handlung, nie mit einer Annahme oder Willenseinigung abgeben. So erlischt die Widerruflichkeit im § 658 mit der Handlungsvollbringung, nicht mit einer Annahmeerklärung[169]). So ist im § 659 der Zeitpunkt der Vollziehung, nicht der einer Annahme maßgebend[170]). Es wäre doch sonderbar, wenn der Anspruch eines zuerst Annehmenden deshalb nicht zur Entstehung kommt, weil noch jemand erwartet wird, der zwar gehandelt, aber noch nicht erklärt hatte[171]); ist es aber ein annahmeloses Versprechen, so löst sich dieser Fall einfach: der Annehmende erreicht deshalb nichts, weil der Anspruch des zuerst Handelnden schon besteht. Endlich ist das Zusammenwirken Mehrerer im § 660 nicht nach gemeinsamen Erklärungen, sondern nach gemeinsam bewirktem Erfolge zu beurteilen.

---

166) Leonhard bes. Sch. R. § 124; Retzlaff 8.
167) Leonhard bes. Sch. R. § 124.
168) Hause 40; vgl v. Mayr 110.
169) RG Komm § 658, 1.
170) Oertmann vor § 657, 1 b; Retzlaff 39.
171) Tilka 43.

Wenn nun die Auslobung der einzige Fall des geltenden Rechts wäre, in dem man einen Vertrag zu leugnen hätte, so würden die Gegenmeinungen an Gewicht gewinnen; allein das ist garnicht einmal der Fall! Bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793 ff) ist der Aussteller nur durch Scripturakt zur Leistung verpflichtet[172]), und zwar selbst, wenn die Urkunde ohne, ja gegen seinen Willen in den Verkehr kam (§ 794), von Vertrag ist dabei keine Spur mehr[173]). Auch bei der Stiftung ist die erste Zuwendung ohne Annahme zu leisten[174]). In gleicher Weise hat man für den Wechselakzeptanten[175]) das Entstehen der Verpflichtung nicht vom Annehmen eines Gläubigers abhängig gemacht. Alle diese Fälle entspringen einem besonderen Bedürfnis, den Gläubiger zu schützen, das Vertrauen auf den umlaufenden Wechsel usw soll gerechtfertigt werden. Beim Stiftungsgeschäft sind es bloße Zweckmäßigkeitsgründe, die zur Annahmelosigkeit geführt haben; es ist im Augenblick der Leistungszusage ja noch keine zur Annahmeerklärung geeignete Instanz da.

### c) Gegenargumente.

Soweit nun der Wortlaut und die Analogie verwandter Fälle nicht ausreicht, sind die Gegengründe der anderen Seite zu prüfen. Die Vertragstheoretiker meinen, die Auslobungserklärung sei nur eine Vertragsofferte und die Handlungsvollbringuug sei Vertragsannahme (Kohler, auch Jung) oder sie sei Voraussetzung für die zu erwartende Vertragsannahme (Jakubezky, Fischer); nicht richtig aber sei es, wenn der Anspruch sich lediglich auf das Zusammentreffen von Auslobungserklärung und Vollbringung gründet.

Man hat geglaubt, aus der Annahmelosigkeit der Auslobung hätte sich ihre Unwiderruflichkeit logisch ergeben müssen[176]). Wäre allerdings mit dem Augenblick der Erklärung schon ein Anspruch entstanden, wie es mitunter der „Einseitigkeit" nachgesagt wird[177]), so wäre dieser Schluß richtig. Unten werden wir aber zeigen, daß zunächst nur die Wortbindung und erst nach der Vollziehung die Schuld entsteht. Die Widerruflichkeit der schwebenden Auslobung ist also kein Grund gegen die Einseitigkeit[178]). Aber auch der umgekehrte Schluß wäre nicht am Platze: Ist also durch die Handlungsvollziehung die Auslobung unwiderruflich geworden, so ergibt sich

---

172) Planck § 793, 2.

173) Enneccerus-Lehmann § 205; Planck § 794, 2; Staudinger § 793 II. Neuerdings ersetzt man die „Annahmelosigkeit" durch „Rechtsschein-Theorie".

174) Enneccerus (1928) Allg. Teil § 110 IV a.

175) RGZ 77, 141; a. A. Staub-Stranz WO 1926 § 21, 1.

176) Gierke Bemerk S. 219, 227; Fischer 15; vgl. v. Mayr 36, 103, 104; Siegel 97; vgl. Windscheid § 308 Anm 6.

177) Fischer 15; Bading 28.

178) Mot II 522.

daraus noch nicht die einseitige Anspruchsbegründung; denn es könnte sich ja lediglich um eine unwiderruflich gewordene Offerte handeln[179]). Die Gedanken über die Widerruflichkeit sagen also nichts über unsere Streitfrage aus[180]).

Daß man den Widerruf überhaupt ins Gesetz aufgenommen hat, ist zu billigen; wäre doch sonst der Auslober u. U. jahrelang, vielleicht bis zum unbequemsten Augenblick an die Erklärung gebunden[181]). Andererseits hat aber der Handelnde zur Zeit des Widerrufs womöglich schon Aufwendungen gemacht, die sich plötzlich als weggeworfen herausstellen, sein Vertrauen auf eine gültige Auslobungserklärung bedürfte also wohl des Schutzes[182]). Trotzdem er die Gefahr auf sich nahm, daß ihm ein Anderer zuvorkommt, wäre es u. E. glücklicher gewesen, wenn die Auslobung wie im ALR § 989 grundsätzlich unwiderruflich und nur bei ausdrücklichem Vorbehalt widerruflich bestimmt worden wäre[183]); also eine an § 145 erinnernde Regelung. Unzureichend scheint uns[184]) die Begründung, welche die Motive für die grundsätzliche Widerruflichkeit der Auslobung geben[185]): es sei natürlich (!), daß der Auslober nur unwiderruflich versprechen wolle. In dem Verkehr ist übrigens selten ein Widerruf beobachtet worden, sodaß die Frage sich fast ganz auf theoretische Erörterungen beschränkt[186]).

Eine andere Schwierigkeit hat Fischer darin gesucht und gefunden[187]), daß die Anfechtung der Auslobungserklärung keinen Anfechtungsgegner hat: keinesfalls ein Grund gegen die Versprechenstheorie; denn auch die Vertragstheorie ist in der gleichen schwierigen Lage[188]).

Weiter meint Fischer[189]), aus der Regelung des Preisausschreibens sei mit Sicherheit auf deren Vertragscharakter zu schließen, also müsse auch die Auslobung ein Vertrag sein. Ein Trugschluß; denn auch das Preisausschreiben ist kein Vertrag. Wäre die Bewerbung zum Preisausschreiben eine Vertragsannahme, dann wäre doch sonderbar, daß der Anspruch nicht mit der Annahme, sondern erst durch den Würdigkeitsspruch, der nach Ermessen des Ausschreibers (!) geschieht, zur Entstehung kommt! Die Bewerbung ist

---

179) So wirklich: Fischer 21.
180) v. Mayr 36, 102; Blumenthal 11.
181) Becker 46.
182) Tilka 74.
183) So auch Tilka 34; Retzlaff 20.
184) So auch Tilka 34; v. Mayr 103.
185) Mot II 522.
186) Tilka 79; Blumenthal 75.
187) Fischer 13.
188) Schließlich folgt auch Fischer, mit Allen, einem Versprechen-Verteidiger: Planck.
189) Fischer 23; OAppGer Lübeck Seufferts Arch. IX Nr. 275.

nur ein Teil der Handlung, die dem Preisrichter das notwendige Material garantieren soll, sie ist nicht Vertrags-Annahmeerklärung.

Der Hauptstreitpunkt im gemeinen Recht betraf die Frage, wodurch und wann die Vertragsannahme geschieht. Unter zahllosen Vorschlägen vertrat ein Jeder eine mehr oder weniger individuelle Ansicht; so nannte man als Vertragsannahme: ausdrückliche Erklärung vor (Bülow, Tzschirner) oder bei oder nach (Windscheid § 308 Anm 5; Regelsberger) der Handlung, die Handlung mit Rücksicht auf die Auslobung (Schütze; Regelsberger; Kunze; Vangerow), die Uebermittluug des Handlungsresultats (Schott; Pernice), die Geltendmachung des Anspruches (Exner), schließlich die objektive Handlung (Kohler Iherings Jahrb. 17, 323) oder deren Beginn (Bülow; Puchta; Arndts; Sintenis). Hat nun heute das Gesetz aber auch die objektive Handlung für anspruchsbegründend erklärt, so kommen von den früheren Vorschlägen als Vertragsannahme nur noch diese objektive Handlung selbst oder etwas, das sich später ereignet, in Frage.

Hält man die Auslobung für einen Vertrag, so ist zu beachten, daß wir zwei einander entsprechende Willenserklärungen zu suchen haben. Eine Willenserklärung ist aber eine Erklärung, mit der der Erklärende Rechtsfolgen hervorrufen will, welche er, wenn auch nur ungefähr, kennt. In der äußeren Form der Erklärung steckt also sowohl die Kenntnis der Sachlage und der Erklärungsfolgen, als auch das Wollen der Rechtsfolgen. Es ist also nicht möglich, die objektive Handlung, die in Unkenntnis hinsichtlich der Auslobungsofferte und ohne Annahmewillen vollzogen wird, als Annahmewillenserklärung anzusehen [190]). Es ist auch nicht angängig, für ausreichend zu erklären, daß der Handelnde „angenommen hätte, wenn er bei der Handlung die vorteilhafte Auslobung gekannt hätte" [191]); denn auch Schenkung und Verzicht verlangen Vertragsannahme durch den Begünstigten [192]). Wollen wir im Rahmen des geltenden Rechts bleiben, dann müssen wir eine wirkliche Willenserklärung verlangen; denn für eine Vermutung besteht keine gesetzliche Grundlage. Kohler, der mit der unbewußten Vertragsannahme durch objektive Handlung (gestreckter Vertragsschluß) das geltende Recht verläßt, gerät dann auch richtig ins Uferlose, wenn er erklärt [193]), bringe jemand widerrechtlich die Leistung eines Dritten, so habe der Dritte angenommen. Bringe ich also das Bild des Malers X. ohne dessen Kenntnis und Willen in die Ausstellung, wo es einen Preis erhält, so kann sehr wohl der Maler den Preis erwerben; aber das

---

190) Planck vor § 657 III 1 u. ges. Lit.; a. A. Kohler Lehrb II § 135 VI und Arch. Bürg. R. 25, 4 ff. Die Kohler'sche Ansicht ist jedoch im code tunisien und code marocain enthalten: rechtsvergl. Handwörterbuch, Bätge „Auslobung".

191) Elster 163.

192) Leonhard bes. Sch. R. § 124.

193) Arch. Bürg. R. 25, 5.

kann man doch nicht auf eine Vertragsannahme gründen! Hierher gehört wohl auch die Meinung Jung's, der zwar nicht sagt, daß die Handlung gleich Annahme zu setzen sei; allein wenn er sagt, der Auslober könne nicht geltend machen[194]), daß dem Handelnden der Annahmewille gefehlt habe, so ist das im Ergebnis doch auch „unbewußte Vertragsannahme". Genau ebenso v. Mayr's aus dem englischen Recht stammender Vorschlag[195]), der Annahmewille sei zu Gunsten des geltendmachenden Vollbringers bis zum Gegenbeweise zu vermuten. Behauptet aber der Kläger selbst das Gegenteil, so muß er doch trotzdem wegen § 657 a. E. obsiegen. v. Mayr selbst nennt seinen Vorschlag „Schein einer Begründung"; es sei ihm aber zugegeben, daß dem Auslober an dem Willen und Bewußtsein des Andern nur selten gelegen sein wird.

Es muß also nach einem Ereignis gesucht werden, das nach der Handlungsvollziehung liegt und das wir als einwandfreie Willenserklärung ansprechen können. Manche haben in der Uebermittlung des Handlungsresultats die Annahme erkennen wollen, aber dann müßte die Uebermittlung jedes Mal in dem Willen anzunehmen und in diesem Bewußtsein zu geschehen haben — übrigens ist nicht einmal immer eine Uebermittelung verlangt oder zweckentsprechend z. B.: die erste Kanone im Feindesland[196]).

Brauchbare Vorschläge sind also nur diejenigen, die eine Willenserklärung nach der gänzlich vollendeten Handlung verlangen. So ist also gesagt worden, daß die Handlung lediglich Voraussetzung zu einer vollgültigen Annahmeerklärung sei[197]). Die Annahmeerklärung soll dann darin liegen, daß die Handlung „zur Auslobung in Beziehung gesetzt werde, ihr die Bestimmung Vertragserfüllung zu sein gegeben werde"[198]), oder darin, daß der Handelnde „sich die Auslobung aneignet"[199]), oder endlich „spätestens in dem Verlangen der Belohnung"[200]). Es wird also meistens auf die Geltendmachung des Anspruches hinauslaufen, diese ist tatsächlich eine gewisse Möglichkeit, die Vertragsannahme darzustellen[201]).

Es mutet aber doch außerordentlich künstlich an, daß eine Handlung, die ohne Erfüllungswillen und ohne Kenntnis eines Rechtsgeschäfts vollzogen wurde, nachträglich mit diesen Zutaten ausgestattet wird[202]). Dazu kommt noch, daß der Geltendmachende

---

194) Ihering Jahrb. 69, 62.
195) v. Mayr 119.
196) Hause 18; v. Platen 13.
197) Jakubezky 140; Fischer 21.
198) Jakubezky 19, 140; ähnlich Fischer 22.
199) Gierke, de lege ferenda, Bem. Entwurf 227.
200) Jung bei Stammler §§ 138, 204.
201) Planck vor § 657 III 1; Staudinger vor § 657 II.
202) Leonhard bes. Sch. R. § 124; Enneccerus-Lehmann § 156 Anm 3 Oertmann vor § 657 I a.

sich keine Gedanken über einen Vertragsschluß macht, er hält ja seinen Anspruch schon für gegeben; es müßte also auch der Wille, das Rechtsgeschäft nachträglich abzuschließen, in die Geltendmachungs-Erklärung hineingelegt werden! Diese Gedanken führen z. B. beim Kauf zu sonderbaren Ergebnissen: jemand drechselt ein Schachspiel und bietet mir dieses später an, ich übernehme das Spiel für 30 RM. Man hält das allgemein für den Kauf eines Schachspiels; nach der oben bekämpften Ansicht könnte es aber auch ein Arbeitsvertrag sein, dessen Arbeitsleistung nachträglich, rückwirkend mit dem Willen, Erfüllung des Arbeitsvertrags zu sein, ausgestattet wurde. Damit aber zerpflücken wir jeden wirtschaftlichen und rechtlichen Vorgang! Ferner: hat jemand am 1. Januar 1925 einen Skirekord ausgelobt, der am 10. Januar vollbracht wird, so ist es doch sehr gezwungen, dem erfolgreichen Skiläufer, der erst am 1. September 1927 von der Auslobung hört, immer noch eine Vertragsofferte darzubieten. Die Vertragsofferte hat doch nur eine sehr begrenzte Lebensdauer[203]); und auch das ist gezwungen, daß man nur der Auslobungsofferte eine besonders lange Lebensdauer zuschreibt[204]). Nach unserer Auffassung ist durch die Rekordhandlung am 10. Januar 1925 der Leistungsanspruch entstanden und dessen Kraft dauert grundsätzlich 30 Jahre — und darüber hinaus.

Gegen das Argument, der Geltendmachende halte seinen Anspruch für bereits entstanden[205]), wird gern gesagt, die Laienmeinungen seien nicht allzu gewichtig im Rechtsleben[206]). Aber das ist doch nur in gewissen Grenzen richtig, und wohl nur hinsichtlich gewisser Schutzvorschriften (§§ 116 ff., 138, 1297 usw). Denn auch der Auslober hält doch allgemein den Anspruch schon für gegeben; er wollte ja keinen Vertrag mit einem andern schließen, sondern schlechthin die Tat eines Unbekannten belohnen[207]). Wir haben es also nicht mit Laienansichten, sondern mit allgemeinem Brauch zu tun, mit Verkehrssitte[208]).

Verlangt man aber eine vollgültige Willenserklärung, da man ja sonst einen Vertrag nicht würde verteidigen können, so würde zwar ein Geschäftsbeschränkter (§ 107), nicht aber ein Unfähiger den Anspruch erwerben können, und das wird — wie häufig wird gerade von Kindern etwas gefunden! — ganz allgemein als unbillig empfunden[209]). Auch v. Mayr[210]) will diese Unbilligkeit umgehen:

203) Leonhard bes. Sch. R. § 124; Enneccerus-Lehmann § 156 Anm. 3.
204) Jung bei Stammler § 204.
205) Braeß 19, 22; Hause 39.
206) Fischer 19.
207) Braeß 18; Tilka 42; v. Platen 12.
208) v. Mayr 110, vgl aber 113; Siegel 107.
209) Planck § 657, 3; Oertmann vor § 657, 1e; Manigk 338 Anm 453; Retzlaff 39; Tilka 46.
210) v. Mayr 120.

man solle die vorteilhafte Annahme durch den gesetzlichen Vertreter fingieren. Aber dagegen spricht § 107; es sind eben bei Kindern auch vorteilhafte Geschäfte an die Genehmigung geknüpft. Fischer[211]) meint, die Frage sei unpraktisch, denn niemand werde an das Kind, sondern an den Vater auszahlen; allein wir fragten nicht nach dem Erfüllungsgeschäft, sondern danach, ob das Kind den Anspruch schon hat oder nicht.

Endlich der § 154: wenn 100 RM ausgelobt sind, der Handelnde aber 200 RM verlangt und den „Bettellohn" garnicht haben will, könnte man dann trotzdem von einer Einigung wenigstens auf das Mindere sprechen? Ist trotzdem ein Vertragsanspruch auf die Erben übergegangen?

Wir haben nun gesehen, daß die Geschichte eine allmählige Abkehr vom Auslobungsvertrag zur Annahmelosigkeit zeigte, auch die Motive und der Gesetzestext weisen darauf hin. Die Anwendung des Auslobungsvertrages ergibt eine Fülle von Unzuträglichkeiten: der Geltendmachung wird eine künstliche Rückwirkung beigelegt, die Offerte hat eine merkwürdig lange Lebensdauer, die Verkehrsanschauung spricht dagegen, die Behandlung Geschäftsunfähiger ist unbefriedigend usw. Das zwingt uns zu der Auffassung, daß der Auslobungsanspruch des BGB durch annahmeloses Versprechen und Handlungsvollbringung zur Entstehung kommt.

## § 4. Einseitigkeit der Verpflichtung.

Wenn die Auslobung ohne Annahmewillenserklärung zustande kommt, so muß sich notwendig ergeben, daß auf Seiten des Handelnden keinerlei Pflicht besteht[212]), weil man im geltenden Recht nicht einen Dritten verpflichten kann. Die folgenden Ausführungen sind also in der Hauptsache Schlußfolgerungen aus dem Vorhergehenden.

### 1. Vor der Vollbringung.

#### a) Keine (bedingte) Pflicht.

Wir untersuchen zunächst die Rechtslage vor der Vollziehung, sodann die Lage nach ihr. Man hat, insbesondere im gemeinen Recht, die Annahmelosigkeit der Auslobung gern auf die römische pollicitatio zurückgeführt und dorther mag der Irrglaube stammen, es sei mit der Erklärung auch schon die Leistungspflicht des Erklärenden entstanden[213]). Ist das bei der pollicitatio gegenüber der Stadtgemeinde, der persona certa, angängig, so ist es bei der Aus-

---

211) Fischer 40.
212) So auch Jung § 204 am Anfang; v. Mayr 83.
213) So auch Fischer 10, 15.

lobung unmöglich. Eine Analogie der Schuldverschreibung schlüge nicht durch: dort handelt es sich um eine bestimmte, dem Aussteller aber vielleicht noch nicht bekannte Person, welcher er die Leistung schuldet (dem Besitzer der Urkunde). Bei der Auslobung ist aber zunächst weder eine dem Auslober bekannte, noch auch eine bestimmte Person vorhanden [214]; denn es ist ja noch ungewiß, ob sich überhaupt jemand um die Belohnung bemühen wird. Die Unterscheidung der persona incerta von der persona ignota [215]) ist jedenfalls für die Auslobung unbrauchbar. Nun ist es aber unmöglich, sich eine Schuld ohne einen bestimmten Gläubiger vorzustellen, auch die Bezeichnung „subjektloses Anwartschaftsrecht" [216]) besagt nichts; es kann also vor der Handlung noch keine Schuld gegeben sein, und zwar gleichgültig, ob Widerruflichkeit gegeben ist oder nicht [217]). Kann mithin nicht von einer Schuld gesprochen werden, so ist auch nicht angängig, von einer bedingten Verpflichtung zu sprechen, wie dies vielfach geschieht [218]); denn auch der bedingte Gläubiger fehlt. So entsteht auch im § 2178 der Vermächtnisanspruch erst mit dem Eintritt der Geburt, nicht schon vorher, da der nasciturus keine Person ist.

### b) Wortbindung.

Was liegt denn nun eigentlich vor, wenn zwar erklärt, aber noch nicht gehandelt ist? Es scheint doch selbstverständlich, daß der Auslober nicht mehr so frei ist, wie vor seiner Erklärung; also muß er wohl irgend einem Zwange unterliegen, der schwächer ist als die Leistungsverpflichtung. Ein Blick auf die Vertragslehre zeigt uns die Vertragsofferte. Der Antragende ist dort an sein Wort gebunden, er ist aber nicht Schuldner, § 145; die Motive sagten dazu mit Recht, daß diese Bindung einem Verkehrsbedürfnis erwachsen sei [219]). Diese Bindung besteht, bis der Gegner den Vertrag angenommen hat. Der Antragende soll seinen Parteiwillen bereit halten und damit den consensus garantieren [220]). Sollten wir irgend welche Bedenken haben, eine solche bindende Kraft auch für die schwebende Auslobung anzunehmen? Hatten wir doch für selbstverständlich erklärt, daß die Vertragsnormen auf Versprechen analog anzuwenden seien! Bei der Auslobung ist der Sachverhalt dem Vertragsangebot ganz gleichartig [221]): der Auslobende stellt seine Belohnung in Aussicht und

214) Oertmann vor § 657, 1 c.
215) Tzschirner 73.
216) Semeka Arch. Bürg. R. 35, 174.
217) Oertmann vor § 657, 1 c; Braeß 43; Tilka 50; Bading 27.
218) So ausdrücklich: Elster Handwörterb. 451; Eck Vorträge I 531 Note 1; Fischer 11; Hause 42; wie hier: v. Mayr 109; Tilka 49.
219) Mot I 165; Enneccerus-Nipperdey § 152 III.
220) Fischer 8/9.
221) a. A. Bading 24.

hat auf ein entsprechendes Geschehen von der Gegenseite zu warten, welches (beim Vertrag durch Annahme) bei der Auslobung durch Vollbringung in Erscheinung tritt, und es hat sowohl der Vertragsgegner, wie der Handelnde ein Interesse daran, daß die erwartete Schuld entsteht. Die Auslobungserklärung (schwebende Auslobung) bindet daher den Auslober in ganz gleicher Weise an sein gesprochenes Wort, wie den Antragenden seine Offerte[222]). Es kommt also nicht mehr darauf an, ob nach der Erklärung der Auslober seinen Geschäftswillen ändert oder ob der Wille mangelhaft wird (Tod, Geschäftsunfähigkeit). Die einmal abgegebene Auslobungserklärung bringt den erklärten Willen zur Erstarrung, die Erklärung ist gegen nachträglich eintretende Willensmängel unempfindlich.

### c) Haftung.

Wie stark ist nun die Bindung an die Erklärung? Wie weit haftet der Auslober? Diese Frage ist sehr umstritten gewesen im gemeinen Recht, insbesondere wegen der Ersatzpflicht nach dem Widerruf; sie ist aber im BGB, das an den Widerruf keine Verpflichtungen knüpft[223]), nicht von derselben Bedeutung. Allein es gibt auch heute noch Fälle, welche die Prüfung dieser Frage rechtfertigen, z. B. verschuldete Unmöglichkeit. Es spricht jedoch von vornherein gegen eine Haftung des Auslobers vor der Handlung, daß ja eine sehr große Zahl von Menschen kommen könnte, um sich auf eine Schadensersatzpflicht des Auslobers zu stützen. Es handelt sich bei diesen auch nicht um eine Rechtsverletzung, sondern nur um die Behauptung, daß ihnen nun die Möglichkeit Gläubiger zu werden verschlossen sei, und daß sie deshalb ihre Aufwendungen vergeblich gemacht hätten. Auch trugen sie ja in jedem Falle das Risiko, daß ein anderer mit einer früheren Handlung ihnen zuvorkommt.

Um den Anwärtern einen Schutz zu gewähren sind zwei Wege vorgeschlagen worden: die culpa in contrahendo[224]) und die actio doli[225]). Der § 276 ist unanwendbar[226]). Der leitende Gesichtspunkt, der zur Gestaltung der culpa in contrahendo (§ 307 BGB)[227]) führte, war der Wille, denjenigen zu schützen, der auf ein normales Entstehen des gesunden Anspruches vertraute. Aber das Vertrauen auf die Auslobungserklärung erheischt nicht einen gleichstarken Schutz. Von Anfang an ist damit zu rechnen, daß ein anderer zuvorkommt,

---

222) Elster 171; Siegel 96.

223) Planck vor § 657 IV 5 a; Hoeniger, gemischte Verträge 252, will dagegen § 324 analog anwenden.

224) Exner; Jhering in Jahrb. 4, 104; Windscheid § 308 Anm 7; vgl Zusammenstellung bei Tilka 20.

225) Savigny II § 61; Schütze; Schott.

226) Oertmann vor § 657, 4.

227) Mot I 165.

der Handelnde hat sowieso nur schwache Aussichten. Es kommt hinzu, daß die culpa in contrahendo aus dem Vertrauensverhältnis[228]) der beiden Parteien wächst — gerade dies gegenseitige Verhältnis fehlt aber in der Auslobung. Es scheint also nicht am Platze, die culpa in contrahendo anzuwenden, um aus einem Verschulden des Auslobers heraus zu einer Verpflichtung gegenüber einem Anderen zu kommen.

Viele haben den § 162 anzuwenden versucht, um daraus eine Haftung zu konstruieren[229]). Aber auch diese Art der Haftung, das Herbeiführen der Geburtsstunde der Schuld, ist nicht anzuerkennen, weil die Handlung eben keine Bedingung ist, und keine bedingte Schuld vorliegt[230]); wem gegenüber könnte die Bedingung als eingetreten gelten? Es bleibt daher nur übrig eine nur=gesetzliche Haftung, also den § 826 BGB[231]) anzunehmen. Verursacht der Auslober also das Nichtzustandekommen des Anspruches, so kann er nur bei arglistigem Handeln zum Schadensersatz herangezogen werden. Sicherlich wird es aber für den klagenden Gläubiger außerordentlich schwer sein, einen Schaden nachzuweisen[232]), denn er hatte ja noch keinerlei Rechte, sodaß die Anwendungsmöglichkeit des § 826 praktisch ausgeschlossen erscheint. Nicht angängig ist aber der Versuch, ihm dadurch zu helfen[233]), daß man die Beweislast umkehren will; der Kläger habe nur zu beweisen, daß er die Anspruchsmöglichkeit gehabt habe (das dürfte fast immer so sein), dann habe der Auslober zu beweisen, daß gerade der Kläger nicht gewonnen hätte; ein solcher Notbehelf ist zu mißbilligen.

### d) Beendigung.

Immerhin gibt es Fälle, in denen die Erklärungsbindung wieder untergeht. Zunächst ist schon das Entstehen der Verpflichtung als Ende der Wortbindnng anzusehen. Es ist dies das bezweckte Ende, die Steigerung der Bindung zur Schuld. Daß wir diese Art der Beendignng ausdrücklich anführen, scheint gesucht, hat aber seine Gründe: wird nämlich die gefundene Uhr abermals verloren und wiedergefunden, so wird der zweite Fund von der (bereits beendeten) Auslobung nicht mehr ergriffen[234]); ebenso wenn der Verbrecher aus der Haft wieder entkommt[235]). Auch endet mit der Vollziehung

228) Enneccerus=Lehmann § 44; RGZ 120, 251.
229) Hause 44.
230) Planck vor § 657 IV 5; Oertmann vor § 657, 4; abweichend v. Mayr 77; Crome § 279 Anm 29 und Partiar. Rechtsgeschäfte 519.
231) Oertmann vor § 657, 4; Bading 31.
232) v. Mayr 52.
233) Jhering in Jahrb. 4, 105; Windscheid § 308 Anm 7.
234) Becker 36.
235) Brückmann DJZ 1903, 473.

meist der Schwebezustand gegen Zuspätkommende: ist der Rekord aufgestellt, so geht der nächste Erfolgreiche leer aus (Ausnahme: Rattenvertilgung u. ä.).

Ein anderer Fall der Bindungs-Beendigung ist das Ablaufen der bestimmten Frist.

Ebenso läßt der Widerruf diese untergehen, und zwar ohne Schadenspflicht. Hier handelt es sich um einen gesetzlich sanktionierten Fall, einer nachträglichen Willensänderung Bedeutsamkeit zu geben. Das Gesetz schrieb aber besondere formelle Bestimmungen vor. Im Gegensatz zur Anfechtung ist der Widerruf nicht an eine besondere Begründung, aber an eine bestimmte Art der Kundgabe gebunden. Er ist eine Willenserklärung, die ausdrücklich erklärt werden muß; es kann also nicht genügen, daß z. B. die Erklärungs-Plakate wieder abgerissen werden, aber wohl wenn der Klettermast entfernt wird. „In derselben Weise" wie die Auslobungserklärung ist auch der Widerruf kundzutun. Dies hat Einige dazu verleitet zu glauben, daß nur eine kongruente Kundgabe ausschließlich zulässig sei; also dieselbe Zeitung (vgl Preß Ges § 11), dieselbe Vereinsversammlung[236]). Aber schon die letzte Konsequenz führt uns ins Unerträgliche: dann wäre ja mit dem Auseinanderlaufen der Teilnehmer die Auslobung unwiderrufbar geworden[237])! Das wäre mit § 133, der doch auch auf das Gesetz selbst anzuwenden ist[238]), unvereinbar; man wird also aus dem Zweck der Vorschrift folgernd zu erfordern haben, daß zum Widerruf eine gleichwirksame Kundgebungsart gewählt wird[239]). Daraus wird sich u. U. ergeben, daß gerade dieselbe Zeitung, die die Auslobung verbreitete, zum Widerruf nicht mehr geeignet ist, z. B. wenn die Abonnentenzahl inzwischen von 10000 auf 100 herunter gegangen ist. Hat mithin die Auslobung in einer Zeitung gestanden, so wird nach deren Eingehen oder Schrumpfen der Widerruf in einem Blatt, das ungefähr gleichgroßen und gleichartigen Abonnentenkreis hat, genügen; für den Widerruf der in einer Versammlung erklärten Auslobung der Abdruck in den Lokalblättern, Vereinszeitungen usw. Im übrigen gilt das für die öffentliche Bekanntmachung der Auslobung Gesagte auch für diejenige des Widerrufes[240]).

Aus Zweckmäßigkeitsgründen[241]) hat das Gesetz auch noch eine zweite Art des Widerrufs zugelassen: den Widerruf durch besondere Erklärung. Dieser ist eine ausdrückliche, formlose und richtungs-

---

236) Fischer 55.
237) So wirklich: Fischer 55.
238) Rath 52.
239) Dernburg BGB II § 335 III 1; Enneccerus-Lehmann § 156 Anm 8; Planck § 658, 2 a; Tilka 75; Becker 52; Wiener 52; Bading 29; jetzt auch Fischer-Henle § 658, 3.
240) Tilka 77.
241) Prot II, 347.

bedürftige Erklärung an einen bestimmten Menschen, gegenüber dem (und zwar nur diesem gegenüber) der Auslober nicht gebunden sein will, den er also ausschließen will[242]).

Durch einen gültigen Widerruf wird also der Auslober von der Bindung frei[243]), die Entstehung der Schuld wird verhindert. Die Widerruflichkeit ist ausgeschlossen, wenn die Unwiderruflichkeit mit- oder noch vor der Handlung erklärt wurde; solche Miterklärung ist aus der Befristung zu vermuten, § 658 II. Sie wird ferner ausgeschlossen durch Vollbringung der Handlung; es kann also nur vor der Vollziehung widerrufen werden. Zweifellos kann man auch nur Teile der Erklärung widerrufen[244]) z. B. die Belohnung herabsetzen, die Handlung erschweren; aber dies doch nur dann, wenn überhaupt Widerruflichkeit gegeben ist[245]).

Eine andere Art des Untergehens der schwebenden Auslobung ist die Anfechtung; diese ist weder an einen Vorbehalt, noch an die Zeit vor der Handlung gebunden, bedarf aber der Begründnng (§ 119 ff). Aus der Sachlage ergibt sich, daß die Anfechtung nur dort von Bedeutung ist, wo der (unbegründete) Widerruf unstatthaft ist, also bei als unwiderruflich erklärten oder befristeten Auslobungen oder nach der Vollbringung usw[246]). Das Gesetz unterließ eine Regelung der Anfechtung für die Auslobung, weil die Frage zu unpraktisch sei[247]) — allein diese Frage erscheint ebenso wichtig wie der Widerruf; man denke an Druckfehler: 1000 RM statt 100 RM[248]), und es sind sehr viele Auslobungen unwiderruflich (Preisausschreiben).

Ist durch die Vollziehung der Handlung das Gegenüber bestimmt geworden, so sind Besonderheiten für die Anfechtungen hier nicht gegeben; die §§ 119 ff sind anzuwenden[249]). Schwierigkeiten ergeben sich aber vor dem Bestimmtwerden, weil dann noch kein Anfechtungsgegner gegeben ist. Denn die Anfechtung ist eine richtungsbedürftige Erklärung, überdies ist sie an bestimmte Fristen gebunden (§ 121: unverzüglich; § 124: ein Jahr). Planck[250]) hat von drei ersichtlichen Möglichkeiten die allein praktische herausgestellt und es besteht kein Bedenken, ihm mit der gesamten zustimmenden Literatur zu folgen[251]). Denn es wäre durchaus unpraktisch, wenn der Auslober, der an-

---

242) Planck § 658, 2 a; v. Mayr 57; Tilka 77.
243) Mot II 522; Bading 27.
244) Planck § 658, 3; Tilka 78.
245) Unzutreffend daher Bading 29.
246) Enneccerus-Lehmann § 156 II.
247) Mot II 521.
248) Braeß 46.
249) Planck § 657, 2 a.
250) Planck § 657, 2 a.
251) Oertmann § 658, 5 b; Enneccerus-Lehmann § 156 II; Staudinger § 658; RG Kom. vor § 657; Fischer-Henle § 657, 6; Hause 37; Rath 58; ebenso Fischer, wenn auch murrend, S. 13/14.

fechtungsberechtigt wird, warten soll, bis jemand durch Vollziehung der Handlung bestimmt wird und so die richtungsbedürftige Anfechtungserklärung ermöglicht; außerdem ist vielleicht die Anfechtungsfrist verstrichen, oder man müßte sie erst jetzt beginnen lassen. Ebenso unzweckmäßig wäre, zu fordern, daß nach BGB § 132 II eine öffentliche Zustellung der Anfechtungserklärung zu geschehen habe. Einmal fehlt es überhaupt an einem Gegner (§ 143 III); die öffentliche Zustellung ist ferner eine so wirkungslose Handlung (wer liest denn die an der Gerichtstafel angeschlagenen Mitteilungen?), daß sie nur im äußersten Notfalle (denn § 226), wenn eben jedes andere Mittel versagt, anwendbar erscheint. Planck's Vorschlag ist daher der einzig befriedigende: die Anfechtung hat in der gleichen Art und Weise wie der Widerruf zu erfolgen.

Endlich kann die Erklärung untergehen durch Unmöglichwerden der Handlung bezw durch Zweckerreichung. Unmöglichwerden z. B.: wenn das Fest, zu dem ein Prolog gesucht wurde, abgesagt wird, oder u. U. wenn der gesuchte Verbrecher stirbt u. ä. Durch Unmöglichwerden der verlangten Handlung geht die Erklärung und deren bindende Kraft unter. Unpraktisch erscheint uns die Prüfung der Frage, ob auch das Unmöglichwerden der Belohnungsleistung die Nichtigkeit der Auslobung zur Folge hat, weil überwiegend Gattungsschulden in Frage kommen (die Frage wäre zu bejahen). Ebenso wie die Offerte grundsätzlich auch den Erben bindet[252]), muß dasselbe auch für die schwebende Auslobung angenommen werden[253]). Der Tod und die Geschäftsunfähigkeit sind also nur unter dem Gesichtspunkt des Unmöglichwerdens der Handlung von Bedeutung. Ist mithin die Handlung besonders mit der Person des Auslobers verknüpft — er sucht jemand, um gesunde Haut zur Heilung seiner Brandwunden zu erhalten — so ist die Handlung durch den Tod des Auslobers unmöglich geworden. Die Fälle solcher höchst persönlichen Auslobungen scheinen uns jedoch sehr selten zu sein. Bedenklich erscheint wegen § 1922, dem Erben schlechthin[254]) ein Widerrufsrecht zu geben.

Hat der Auslober die verlorene Sache selbst gefunden, hat sich der Verbrecher selbst gestellt, so ist der Zweck der Auslobung erreicht; denn es kommt hier dem Auslober nur auf Erreichung dieses Zwecks an[255]). Aus der Sachlage ergibt sich aber, daß nicht immer eine Zweckerreichung bedeutsam ist, insbesondere nicht bei Dauerhandlungen oder bei Auslobungen, die gesteigerte Leistungen (Rekorde) bezwecken. Nicht unter die Zweckerreichung ist aber das Schwinden des Motives zu zählen: es sucht jemand Obstdiebe, verkauft dann aber den Obst-

252) Zu weitgehend Windscheid-Kipp § 308 Ziff 3.
253) Tilka 79; Bading 29.
254) So: Tilka 79; Bading 29.
255) Enneccerus-Lehmann § 77, 2; Wiener 51.

garten; hier ist nur durch Widerruf zu helfen. Im übrigen scheint es uns nicht genau genug zu sein, wenn die Fälle des von selbst eingetretenen bezweckten Erfolges kurzerhand als „Unmöglichkeit" verbucht werden[256]).

Bading meint[257]), es sei wünschenswert, wenn der Auslober den Untergang seiner Erklärung bekannt geben müsse; das hat zwar viel für sich, allein wer sollte das verlangen oder erzwingen dürfen?

## 2. Anspruchsbegründung.

### a) Handlungsvollziehung.

Durch die Vollziehung der Handlung wird nun aus der schwebenden Auslobung die endgültige; es wird sowohl die Person des Handelnden festgestellt, als auch kommt die Schuld zur Entstehung[258]). Wir haben oben gesehen, daß die Handlung nicht eine Willenserklärung ist, daß auch neben ihr eine solche nicht erforderlich ist. Es ist jetzt zu fragen, in welchem Verhältnis eigentlich die Handlung zur Erklärung steht.

Viele haben die Handlungsvollziehung als „Erfüllung" bezeichnet[259]). Es ist aber schon dargetan, daß eine Pflicht zur Vollziehung nicht gegeben ist, daher ist das Wort Erfüllung, das die technische Bedeutung der Schuld-Lösung hat, nicht am Platze. Die Meisten denken aber bei dieser Ausdrucksweise an die Erfüllung einer Bedingung, und es fragt sich, ob denn die Handlung eine „Bedingung" innerhalb der Auslobung ist[260]). Dem ist zu widersprechen, soweit an eine Bedingung im Sinne des BGB § 158 gedacht ist; dort ist von einem außerordentlichen Anhängsel an ein Rechtsgeschäft gesprochen. Die Parteien können die Wirksamkeit eines Vertrages von dem Eintritt einer gewillkürten Bedingung abhängig machen; es ist also ein vollständiges Rechtsgeschäft, zu dem die Bedingung hinzutritt. Ganz anders liegt das aber bei der Auslobungs-Handlung. Hier ist das Rechtsgeschäft noch unfertig, was gegenüber Staudinger[261]) gesagt sei; denn noch handelt es sich um einen Schwebezustand, noch ist der zukünftige Gläubiger nicht vorhanden. Streiche ich aus der Auslobungserklärung die „Bedingung der Handlungsvornahme", so bleibt etwas übrig, was keine Auslobung mehr ist. Es liegt also

---

256) a. A. wohl Bading 36; Rath 45; Hahn 49.

257) Bading 37.

258) Oertmann vor § 657, 1; Endemann § 177, 2a; Mot II 520.

259) Rath 45.

260) Den Ausdruck „Bedingung" verwenden: Staudinger § 657, 8a; Planck vor § 657 IV 1; Enneccerus-Lehmann § 156 I 4; Crome § 279 Anm 23; Elster Handwörterbuch; Siegel 104; v. Tuhr allg. Teil 1918 „Potestativbed." § 80 Anm 36; völlig abwegig Hause 44.

261) Staudinger § 657, 8a.

in der Handlung nicht ein Anhängsel (accidentale) der Auslobung, sondern eine der gesetzlichen Voraussetzungen (essentiale) vor[262]. Es scheint zwar so, als wenn Viele unter dem Wort Bedingung das oben Erläuterte verstanden wissen wollen, aber es ist zu mißbilligen, wenn in juristischen Abhandlungen so ausgeprägte technische Ausdrücke, wie die „Bedingung", in allgemeiner philosophischer Bedeutung angewendet werden[263]. Der Jurist darf nicht wie der Laie etwa so sagen: unter der Bedingung, daß Du mir die Sache verkaufst, will ich den Preis zahlen. Will man aber dennoch an dem Wort Bedingung festhalten, so hat man zu sagen: uneigentliche, Schein- oder Rechtsbedingung[264]. Diesen Ausdruck (conditio juris) wählt man dann, wenn jemand eine Voraussetzung überflüssigerweise zum Geschäftsinhalt, zur Bedingung macht. Man könnte also die Handlungsvollziehung eine conditio juris nennen[265]. Am besten ist aber die Terminologie Oertmanns[266], der von „zwei Tatbestandsmerkmalen" spricht, von der Willenserklärung und der Handlung. Aus dem Strafrecht sind uns die Begriffe Tatbestandsmerkmal und zweiaktige Delikte geläufig, aber auch im Privatrecht ist ihre Zahl nicht gering; die Realverträge verlangen Einigung und einseitige Erfüllung; die juristische Person, die dinglichen Geschäfte entstehen durch Einigung (Vertrag) und Eintragung (Uebergabe) usw. Danach ist also auch die Auslobungs-Erklärung nur etwas Vorläufiges gewesen: ein unvollständiges Stück vom Tatbestand[267]. Durch das Eintreten des zweiten Tatbestands-Merkmals (der Handlungsvollbringung) steigert sich die Wortbindung zur Leistungspflicht.

Hier erkennen wir, daß es nicht richtig ist zu sagen, die Auslobung sei ein „völlig einseitiges" Rechtsgeschäft; denn die Leistungspflicht entsteht erst dann, wenn von beiden Seiten etwas geschehen ist[268]. Wenn also die Vertragsnatur der Auslobung, das Erfordernis zweier Erklärungen, bekämpft wird, so empfiehlt sich, dabei nicht von Einseitigkeit, sondern von Annahmelosigkeit der Schuldbegründung zu sprechen.

Im Rahmen der Auslobung ist also das Vollbringen der Handlung weder Willenserklärung noch Erfüllung oder Bedingungserfüllung, sondern lediglich von tatsächlicher Bedeutung[269]: sie ist also Rechtshandlung, denn der Handelnde braucht die Anspruchsbegründung weder zu kennen noch zu wollen[270]. Kein Widerspruch

262) Oertmann vor § 657, 1, Rechtsbedingung S. 63.
263) Wiener 26; Bading 23; Becker 37.
264) v. Mayr 124.
265) Wiener 26; Tilka 49.
266) Oertmann vor § 657, 1 e.
267) Oertmann vor § 657, 1 c, Rechtsbedingung 64.
268) Planck vor § 657 IV 1; Gierke Bemerk. zum Entw. 227.
269) Planck § 657, 2 d.
270) Manigk 338 Anm 453; S. 643; Fischer-Henle § 657 Anm 8.

dagegen wäre die Tatsache, daß als Handlung auch ein Rechtsgeschäft, eine Willenserklärung ausgelobt sein kann, weil auch diese innerhalb der Auslobung als Rechtshandlung fungieren kann. Rechtshandlung ist also eine menschliche Handlung, die Rechtsfolgen hervorruft, ohne daß diese gewollt oder vorausgesehen wurden.

Es kann also dem Handelnden der Geschäftswille, der Wille zu verdienen, fehlen. Notwendig ist aber der Wille und das Bewußtsein zu handeln[271]). Hat also ein Betrunkener durch Umherwälzen eine Kreuzotter erdrückt, so kann nicht von einer menschlichen Handlung gesprochen werden[272]), es liegt lediglich ein Ereignis vor. Spricht dagegen jemand in Unterhaltungsabsicht von einem ihm aufgefallenen Mann „mit einer Stirnnarbe" (der darauf sofort verfolgt und verhaftet wird), so liegt die Rechtshandlung (Mitteilung) vor, da Wille und Bewußtsein sich auf diese richteten.

Aus der Eigenschaft der Rechtshandlung ergibt sich, daß eine Stellvertretung im Willen nach § 164 nicht angängig ist. Auch eine analoge Anwendung scheint uns nicht am Platze, weil es sich nicht um den Willen des Geschäftsherrn dreht, sondern um die tatsächliche Handlung, die übrigens sehr stark vom Zufall, persönlichen Eigenschaften, Findigkeit usw abhängt. Man hat also ähnlich wie beim Fund und Schatzfund die Gründe der Kausalität zu prüfen[273]), Gedankengänge, die an anderen Stellen zu der Rechtsfigur des Besitzdieners und zu der Unterscheidung der Betriebserfindung von der freien Erfindung[274]) geführt haben. So haben z. B. die Handlungen der Bauarbeiter, die unter der Initiative und der Leitung des Bauführers den Schatz im alten Hause fanden, nur Bedeutung zu Gunsten des Bauführers, weil er die Zügel der Nachsuche in der Hand behielt[275]).

Daß die Tat objektiv sein darf, hat aber auch Bedeutung gegenüber dem Auslober: dieser hat keine Möglichkeit seine eigene Beurteilung des Erfolges, der Handlung dem Gläubiger gegenüber zum Ausdruck zu bringen; er hat nicht darüber zu urteilen, ob die Handlung vollzogen ist oder nicht. Entsteht Streit darüber, dann hat der Richter zu entscheiden[276]) (anders im Preisausschreiben); der Auslober wird also ohne im Augenblick etwas darüber zu wissen zum Schuldner, der Handelnde zum Gläubiger. Ob ein Zusatz, daß der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen sein soll, bedeutsam ist oder gegen § 138 (139!) verstößt, ist nur von Fall zu Fall zu entscheiden.

---

271) Staudinger § 657, 6; Kohler Lehrb. § 135 VI Anm 1; ungenau daher Tilka 64.

272) a. A. Tilka 64.

273) Gronemann 28.

274) Hueck-Nipperdey 1928 § 50 III; Kaskel Arbeitsrecht 1925 S. 75.

275) Wiener 45; Gronemann 28; RGZ 70, 310.

276) Oertmann § 657, 5; Planck § 657, 2e.

Wenn von Handlung gesprochen wird, so ist darunter immer die Vollendung der Handlung bezw die Erfolgsherbeiführung gemeint[277]). Kommt es also zur Teilhandlung oder zur mangelhaften Handlung, so ist eben keine Handlung gegeben. Ob es dann wirklich Nicht-Handlung ist, ist nicht immer leicht zu entscheiden: es sucht z. B. jemand Nachrichten von dem verschollenen Sohn, der den Hof übernehmen würde, so scheint der Nachweis des Grabes des Sohnes wohl sicher als vollgültige Handlung; nicht aber als teilweise berechtigende Teilhandlung[278]). Denn unbillig erscheint, dem Handelnden die Belohnung ganz, juristisch unrichtig sie ihm teilweise vorzuenthalten. Zweifelhaft ist jedoch, wenn die Börse nur mit dem halben Inhalt gefunden wird; hier scheint möglich, die Belohnung prozentual dem Finder zuzusprechen[279]). Denn man kann hier von einer teilweisen Vollendung sprechen: denken wir uns die Auslobung „100 RM dem, der meine Brieftasche mit den 2000 RM wiederbringt" so ausgelegt, daß für je wiedergebrachte 10 RM eine Belohnung von 50 Rpf gezahlt werden sollen, daß es sich also um ein Bündel von Auslobungen handelt. Allerdings droht die Gefahr, daß der Auslober nachträglich dem Finder gegenüber einen übergroßen Inhalt der Brieftasche behauptet. Immerhin ist die Möglichkeit solcher prozentualen Auslegung nicht allzu häufig; so kann man „ein Jahr Heidenpredigen" nicht gut in Bruchteile auflösen, wie man ein Musikstück auch nicht in Takte auflösen kann.

Zweifel können entstehen, ob eine Tat, die vor der Auslobung geschah, den Anspruch des Täters begründet. Dem Zweck anzuspornen scheint zu widersprechen, wenn die schon vollendete Tat nachträglich belohnt werden sollte, und so wird man in der Tat im Zweifel eine Rückwirkung der Auslobung auf bereits bewirkte Handlungen auszuschalten haben. Andererseits wird es auch Fälle geben, daß man aus einem Schutzbedürfnis für den Handelnden die Rückwirkung bejahen muß, wenn es nämlich dem Auslober hauptsächlich um die Erfolgsherbeiführung ankommt[280]). Wenn hier, wie überhaupt, in der Tatsache, daß auch kenntnislose Handlung den Anspruch begründet, ein Widerspruch gegen den Anreizungszweck liegt, so ist das unerheblich[281]), es handelt sich um Schutzmaßnahmen für den Gläubiger, der sonst recht schwierige Beweisaufgaben haben könnte.

### b) Haftung.

Es ist noch Einiges auszuführen über den Inhalt der Schuld. Der Auslober hat nach § 241 zu leisten. So ist zweifellos, daß seine

277) Staudinger § 657, 6 a; Planck § 657, 2 d; Elster 178.
278) Wie Tilka meint S. 61.
279) Planck § 657, 2 d; Staudinger § 657, 10 f.; Elster 187.
280) Dernburg Bürg. R. § 335 II 4; Planck § 657, 2 d; Crome § 279 Anm 21.
281) Bading 2/3.

Schuld sich vererbt, daß im Konkurse nach Quoten erfüllt wird usw. Zweifellos ist auch die Anwendbarkeit des § 271, wonach der Gläubiger regelmäßig die Belohnung sofort nach der Handlung verlangen kann. Mit der Geltendmachung des Anspruchs wird dieser also fällig gemacht.

Für die Haftung des Auslobers ist dann zunächst der § 279 analog[282]) und der § 157 anzuwenden. Zwar wird es sich meist um Geldsummen handeln, sodaß eine Mängelhaftung nicht in Frage kommt. Aber auch in anderen Fällen wird es sich fast immer um Gattungsschulden handeln; so wird, wenn mit einem Aufenthalt in einem bestimmten Strandhotel belohnt werden sollte, nach dessen Abbrennen ein gleichwertiger Aufenthalt im gleichwertigen Seebade zu leisten. In den seltenen Fällen, daß eine Individualleistung geschuldet wird („mein Motorrad"), entsteht die Frage nach der Mängelhaftung. Man wird hier der h. M. unbedenklich dahin folgen können, daß durch Auslegung zu finden ist, ob die Belohnung und der Handlungswert balancieren, also die Vorschriften über entgeltliche Geschäfte anwendbar sind, §§ 445, 493 (nicht aber Wandlung und Minderung), oder ob die Belohnung soviel größer ist, daß man die Schenkungshaftung, §§ 521—524 analog anzunehmen hat (grobes Verschulden)[283]). Daß man, weil immerhin die Handlung ein Gegengewicht darstellt, die analoge Anwendung von Schenkungsnormen schlechthin leugnet, ist zu mißbilligen[284]); denn auch in der Schenkung ist ein Gegengewicht verborgen, Dankbarkeit, Verwandtschaft, Freundschaft usw. Die Abwägung der beiden Seiten hat mithin nach Billigkeit und Verkehrssitte zu erfolgen, und wird oft zu Gunsten der Schenkung ausfallen. Im übrigen kommen die allgemeinen Regeln über Verzug, § 284, über Unmöglichwerden, §§ 275, 280 in Betracht.

### c) Beendigung.

Ihr zweckbestimmtes Ende findet die Schuld des Auslobers in der Erfüllung (Hinterlegung, Aufrechnung, Verzichtvertrag). Als Beendigungsgrund ist auch unverschuldetes Unmöglichwerden zu nennen, und auch hier kann der Tod (des Gläubigers) eine Rolle spielen. Personengebunden ist die Leistung nämlich dann, wenn der Zweck ergibt, daß sie nur der Person des Gläubigers zustehen soll[285]). Das könnte darin erblickt werden, wenn besondere Eigenschaften des Handelnden belohnt sein sollen[286]), aber das scheint uns nicht richtig.

---

282) Braeß 44.

283) Oertmann vor § 657, 4; Planck § 657, 4; Rath 44; Mot II 520; v. Mayr 75.

284) a. A. Bading 42.

285) Planck § 657, 3; Tilka 63; Eberdt 13.

286) So: Endemann § 176, 5; Bading 42; wie hier: Leonhard bes. Sch. R. § 124 S. 241.

Stirbt z. B. der Kanalschwimmer in London, dann wären auf die Erben zweifellos die Londoner Schulden, nicht aber der Belohnungsanspruch übergegangen; warum eigentlich? Richtig erscheint daher nur, daß der Leistungszweck (nicht der Auslobungszweck) höchstpersönlich sein muß, also das Stipendium, der Seeaufenthalt usw. Eine weitere Frage ist, ob „der Vorteil, gehandelt zu haben" vererblich ist: jemand findet die 1000 RM, nach seinem Tode werden 100 RM dem Finder ausgelobt; haben die Erben den Anspruch? Wäre der Finder noch am Leben, so wäre er Gläubiger; auch den Erben wollen ihn Manche aus Billigkeitsgründen geben[287]). Aber diese Billigkeit scheint uns allzu weitherzig zu sein: man müßte schon den „Vorteil gehandelt zu haben" als Vermögensteil des Finders, also wohl als ein Recht ansehen, § 1922, und das ist doch nicht gut denkbar.

Auch durch wirksame Anfechtung geht der Anspruch unter, bezw. er schrumpft auf den Schadensersatzanspruch des § 122 zusammen. War vor der Handlung eine Anwendbarkeit des § 122 unpraktisch, so ist das jetzt anders; es hatte z. B. der erfolgreiche Kanalschwimmer in London auf Kredit gelebt in dem Vertrauen auf die verdiente Belohnung.

Schließlich kommt als Beendigung des Anspruchs der Zeitablauf in Frage, also die Verjährung von 30 Jahren, § 195. Darin kann aber auch eine große Härte für den Auslober liegen: ein Sportverein lobt im Jahre 1919 für Kanaldurchschwimmen 5000 RM aus und widerruft 1922, es kommt 1931 jemand mit dem Nachweis, daß er 1920 die Handlung vollbrachte; inzwischen hatte aber der Sportverein längst über das Geld anders verfügt. Was soll jetzt sein? Die Vertragstheorie wäre hier im Vorteil, weil sie Offerte und damit nur begrenzte Lebensdauer der Auslobungserklärung annimmt[288]). Es ist doch sehr unbillig, den Schuldner so lange Jahre in der Haftung zu lassen, während der Gläubiger mit der Mitteilung zögert! Während der Verjährungsdauer ist die Lage doch regelmäßig so, daß die Parteien einander kennen, daß der Schuldner seine Schuld kennt und leisten soll; erst nach einem Menschenalter lockert sich das Band. Unser Sportverband aber hätte doch recht unvernünftig gehandelt, wenn er das Geld solange stillgelegt hätte: aus Billigkeit ist ihm zu helfen. Das ALR verlangte im § 992, daß der Gläubiger sich zur rechten Zeit melde, eine sehr vage Bestimmung. Aber auch das OLG. Frankfurt[289]) hat entschieden, daß der Anspruch dann nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn der Auslober nach Treu und Glauben im Rahmen der Verkehrssitte annehmen mußte, daß die

---

287) v. Mayr 67/68; Tilka 63; Fischer 39; Eberdt 13.
288) Fischer 41/42.
289) OLG (Frankfurt) 41, 123; Oertmann § 660, 5.

Handlung ausgeblieben sei. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung — etwa dreijährige Verjährung, § 196 — wäre erwünscht.

Wir fassen unsere Gedanken über die Rechtsnatur und die Schuldnatur der Auslobung zusammen: die Auslobung ist zwar kein Vertrag, ihr fehlt das Erfordernis zweier Willenserklärungen. Die Leistungspflicht des Auslobers entsteht aber nicht allein durch einseitige Erklärung, sondern erstens durch eine der Annahme nicht bedürftige Erklärung und zweitens durch das Hinzutreten der Handlungsvollbringung: es ist also kein rein einseitiges, sondern ein zweiaktiges, aber annahmeloses Rechtsgeschäft [290]). Zwischen den Parteien herrscht kein Vertrauensverhältnis: auch wenn der Handelnde, um dem Auslober eins auszuwischen, dessen Sohn als den gesuchten Dieb entlarvt, ist sein Anspruch (trotz § 138) entstanden. Dem Handelnden obliegt keinerlei Pflicht, weder zum Handeln noch zur Nachbesserung und keine Mängelhaftung [291]). Der Missionar, der ein Jahr in Afrika predigen sollte, aber nach sechs Monaten zurückkehrt, kann nicht angehalten werden, wieder in die Wüste auszureisen; dafür ist er aber auch nicht Auslobungsgläubiger.

## § 5. Mehrheit von Handelnden.

Für die vielen Fälle, in denen mehrere Handelnde in Betracht kommen, hat das BGB besondere Vorschriften in den §§ 659, 660 getroffen. Dabei ist Voraussetzung, daß eine wirkliche Konkurrenz entsteht, daß also die Handlung bestimmungsgemäß vollendet wurde; Handlungen, die nach Fristablauf, Anfechtung oder Widerruf vollzogen wurden, fallen daher aus [292]). Dazu kommt noch, daß die Vorschriften nur dispositiv sind [293]), also in der Erklärung ausgeschlossen werden können; wenn z. B. der Auslober viele Handlungen wünscht, so kommt der § 659 nicht in Frage. Ist aber weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn der Auslobungserklärung eine Abweichung zu entnehmen, dann gelten diese Vorschriften als des Auslobers mutmaßlicher Wille [294]).

### 1. BGB § 659.

Der § 659 hat im Auge, daß von Mehreren die Handlung je einmal vollzogen wurde. Es soll dann unter diesen Mehreren der eine Gläubiger gesucht werden. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Handlung vollzogen, d. h. vollendet wurde, handelt es sich um

290) Planck vor § 657 IV 1; Gierke Bemerk. 227.
291) Planck § 657, 2 d; v. Mayr 83.
292) Mot II 523.
293) Staudinger § 659, 1; § 660, 1 a.
294) Mot II 523; Leonhard bes. Sch. R. § 126.

eine Erfolgsherbeiführung, so wird man nicht den Abschluß der Betätigung, sondern den vielleicht späteren Eintritt des Erfolges (Eintreffen des Briefes) für den gesuchten Zeitpunkt halten müssen. Haben nun Mehrere gleichzeitig je eine Handlung vollzogen oder — was rechtlich gleichzubehandeln — läßt sich für keinen die Priorität nachweisen, dann sollen sie grundsätzlich gleiche Kopfteile der Belohnung erhalten; sie sind dann Teilgläubiger. Meist wird es sich ja um teilbare Geldsummen handeln; bei Sachen aber wird man regelmäßig die Teilbarkeit zu verneinen haben, also nicht grundsätzlich für Miteigentum zu entscheiden haben[295]. Oder soll man das Auto, die goldene Uhr den einander ganz unbekannten Mithandelnden zu gemeinsamem Miteigentum geben? Das scheint uns nicht praktisch zu sein. Ist also die Belohnung unteilbar oder liegt eine Teilung nicht im Sinne der Auslobung, so entscheidet das Los; z. B. wenn vier Wochen Seeaufenthalt oder ein Stipendium versprochen ist. Daß ein Los immer Ungerechtigkeiten schafft, ist alte Weisheit, ein Recht aber die Regelung des BGB zu bemängeln hat nur, wer eine bessere Lösung nachweist[296]). Man hilft sich im Verkehr mitunter durch doppelte Leistungen: „zwei zweite Preise", jedem ein Diplom usw. Die Verlosung hat im Zweifel durch den Auslober und zwar nach § 157 zn geschehen. Oben hatten wir gesehen, daß die Handlung ohne Würdigkeitsspruch des Auslobers anspruchbegründend ist; auch hier wird der Gläubiger, der zuerst handelte, oder das Los zog, nicht von dem Auslober gekoren: es hat also auch hier im Streitfalle das Gericht zu entscheiden. Hat der Gläubiger vertraglich verzichtet, so geht sein Anspruch nicht ohne weiteres[297]) auf den Nächsten über. Aber man wird wohl oft ein stillschweigendes Abtretungsangebot in dem Verzicht erblicken können.

## 2. BGB § 660.

### a) Verteilung der Belohnung.

Ein ganz anderer Sachverhalt liegt dem § 660 im Gegensatz zum § 659 zu Grunde. Hier handelt es sich nur um eine einzige, anspruchbegründende Handlung; und zwar nur um Erfolgs-Herbeiführung, die durch Zusammenwirken Mehrerer vollendet wurde. Auf diese Weise werden wohl die meisten Handlungen bewirkt werden, und es hat deshalb die zweite Kommission diesen überaus praktischen[298]) § 660 ohne Widerspruch eingeschoben. Hier steht also die Leistungspflicht des Auslobers fest, es handelt sich nur um die Abgrenzung

295) a. A. Planck § 659, 3a.
296) Mot II 523.
297) Staudinger § 659, 3; Planck § 659, 2b; nicht erfreut über diese Konsequenz ist v. Mayr 122.
298) Bähr GgnEntw. § 658; Prot II 349.

der einzelnen Anteile. Auch hier tritt bei Unteilbarkeit die Verlosung ein, § 660 III. Ist aber nichts gegen ein Teilen der Belohnung ersichtlich, so ist sie unter Berücksichtigung der Anteile am Erfolge nach billigem Ermessen des Auslobers von diesem zu verteilen. Die Verteilung hat zwei Seiten: einerseits ist sie Handlung, durch welche die ganze Belohnung in Bruchteile zerlegt wird; andererseits Willenserklärung, insofern der Teilungsplan den Beteiligten kundzugeben ist. Bei der Verteilungshandlung hat der Auslober seinem Teilungsplan die Anteile zu Grunde zu legen, die ein jeder zu dem Erfolge beigetragen hat. Mit anderen Worten: die objektive Verursachung entscheidet[299]).

Es wird nun meist sehr schwer sein, mit mathematischer Genauigkeit die Erfolgsanteile herauszurechnen, deshalb soll die Teilung nach billigem Ermessen geschehen. Damit ist dem Auslober aber nicht eine subjektive, persönliche Beeinflussung zugestanden[300]), sondern es ist ihm lediglich ein Spielraum für Ungenauigkeiten, eine Fehlergrenze gegeben, sodaß er nicht einer kleinlichen Kritik und Besserwisserei ausgesetzt ist[301]). Bemerkenswert ist dazu, daß der Teilungsplan erst dann unverbindlich ist, wenn er „offenbar unbillig" ist; der Auslober hat also doch ein gewisses eigenes Ermessen mit in die Wagschale zu werfen. Wird der Billigkeit eine rechtliche Bedeutung beigemessen, so wird damit an ein sittliches Gerechtigkeitsgefühl, das außerhalb der Rechtsnormen liegt, appelliert. Dazu soll die besondere Lage des konkreten Falles eingehend gewürdigt werden: ist z. B. jemand einem Ertrinkenden von der Brücke in den Strom nachgesprungen und hat ihn gehalten bis das rettende Boot kam, so wird man seine Bravour — im Verhältnis zum Bootsmann — höher bewerten, als wenn er denselben Erfolg durch Werfen eines Rettungsringes erreicht hätte.

Die Verteilung ist andererseits Willenserklärung an die Beteiligten; diese mögen entweder zustimmen oder widersprechen. Bei mehreren Auslobern wird man dazu nicht Einstimmigkeit[302]), sondern praktischerweise absolute Mehrheit zu erfordern haben[303]). Dabei ist zu untersuchen, an wen die Erklärung abzugeben ist. Blindlings wollen wir antworten: wenn an die Beteiligten erklärt werden soll, dann muß die Erklärung auch diesen zugehen. Es hat jedoch Planck[304]) gemeint, die Verkehrsanschauung erfordere lediglich, daß e i n e m der Beteiligten der Plan mitgeteilt werde und mit erstaun-

---

299) Elster 178; Brückmann DJZ 1903, 473; RGZ 11, 283.
300) Staudinger § 660, 5; Wiener 57, 58.
301) RGZ 99, 106; Planck § 319, 1.
302) Oertmann § 660, 7; Fischer-Henle § 660, 2; Staudinger § 660, 6.
303) Leonhard bes. Sch. R. § 126; Enneccerus-Lehmann § 156 III 2c; Planck § 660 2d.
304) Planck § 660, 2e.

licher Einmütigkeit ist die gesamte Literatur dahin gefolgt[305]. Wir halten das für unhaltbar! Die mehreren Mitgläubiger stehen in einer Anspruchsgemeinschaft und es kann vor der Verbindlichkeit des Teilungsplanes nur an alle hinterlegt, erfüllt werden; sollte denn da wirklich eine Mitteilung an nur einen ausreichen? Der Gedanke, der im BGB § 28 II ausgedrückt ist, daß nämlich eine Erklärung an ein Mitglied des mehrköpfigen Vereinsvorstandes dem Vorstande zugegangen ist, ist hier durchaus nicht am Platze (§ 432 II). Die Verbindlichkeit des Teilungsplans kann also erst dann eintreten, wenn ein jeder den Teilungsplan erhalten hat. Man kann allenfalls zugeben, daß einem jeden nur sein eigener, für ihn bestimmter Anteil, nicht der ganze Plan mitgeteilt werde; dann mag er daraus nachprüfen, ob man ihn wunschgemäß behandelt hat.

b) Widerspruch des Unzufriedenen.

Im Bereich des preußischen ALR (§ 994) war der Teilungsplan „ohne alle Widerrede und weitere Berufung" absolut verbindlich. Anders nach BGB: der Unzufriedene kann wegen offenbarer Unbilligkeit widersprechen („anfechten" ist falscher Ausdruck). Zunächst muß die oben als erforderlich nachgewiesene objektive Grundlage verletzt sein; die Anteile am Erfolge müssen also den zugesprochenen Belohnungsanteilen nicht entsprechen. Es kann aber eine Unrichtigkeit allein noch nicht ausreichen, um den Plan umzustoßen. Es genügt also noch nicht, wenn der Auslober aus dem ihm vorliegenden Material falsche Schlüsse zog, also subjektiv falsch urteilte[306], es braucht ihn überhaupt ein Vorwurf (Verschulden) garnicht zu treffen[307]. Vielmehr muß sich darüber hinaus eine objektive Unbilligkeit ergeben[308], die „offenbar" ist. Was heißt offenbare Unbilligkeit? An anderer Stelle spricht das Gesetz von auffälligem Mißverhältnis (BGB § 138 II) oder von offenbar erheblichem Abweichen von der wirklichen Sachlage (Vers.VertragsGes. 30. V. 08 §§ 64, 184). Das römische Recht hat wohl Pate gestanden bei dem Ausdruck der offenbaren Unbilligkeit mit dem Wort manifesta iniquitas[309]. Das Offenbarsein hat man in der Praxis z. B. dann angenommen, wenn sich die Unbilligkeit „ohne weiteres" oder „sofort aufdrängte", „wenn sie handgreiflich ist", „in die Augen springt", „offen zu Tage liegt"[310]. Diese Offenkundigkeit braucht sich aber nicht jedem Dritten aufzudrängen, es

---

305) Oertmann § 660, 3; Warneyer § 660 I; Rath 63; RG Komm. § 660, 2; Staudinger § 660, 7; Tilka 84; Eberdt 22; Becker 44; mit Einschränkung Wiener 60; Bading 49. Crome, Dernburg u. Enneccerus schweigen.

306) RGZ 69, 169.

307) RG Komm § 319, 1.

308) Oertmann § 319, 2; Planck § 660, 2f; RGZ 99, 106.

309) Dig 17, 2, 1, 79.

310) RGZ 99, 106; 69, 168; 96, 62; RGWarn 1913, S. 421; 1916 S. 406.

genügt dem unbefangenen Sachkundigen, also einem, der in die allgemeine Sachlage „eingeweiht" ist[311]). Offenbare Unbilligkeit scheint schließlich doch nur ein besonderer Grad der groben Unbilligkeit zu sein. Seine Unzufriedenheit muß der Mitgläubiger erklären; ein seelisches Mißbehagen wäre ungenügend. Denn allein aus der offenbaren Unbilligkeit (und Mißbehagen) ergibt sich noch nicht die Unverbindlichkeit des Planes; erst die Erklärung, der Widerspruch verhindert, daß der Plan wirksam wird. Wenn auch der Teilungsplan später doch noch anerkannt werden könnte, er damit nachträglich rechtswirksam werden könnte, so kann man jetzt doch getrost von „Nichtigkeit" sprechen.

Hat einer dem Teilungsplan widersprochen, so hat der Auslober gegen die Andern und gegen den Widersprechenden eine verzögerliche Einrede; er kann die Leistung der Belohnung bis zur endgültigen Festlegung der Anteile[312]) weigern. Die Mitansprüche hängen so sehr zusammen, daß nur gemeinschaftlich über sie entschieden werden soll[313]). Zwar hat die zweite Kommission nicht anerkennen wollen, daß wir hier eine Gemeinschaft zur gesamten Hand vor uns haben[314]). Sicherlich sind sie aber „Gesamtleistungs-Gläubiger" d. h., daß der einzelne der mehreren Gläubiger zwar nicht an sich selbst, aber an die Gesamtheit zu leisten verlangen kann[315]). Die mehreren Auslobungsgläubiger haben daher bisher nur einen illiquiden, unpraktischen Anspruch[316]). Wir sehen aber keine Bedenken das Rechtsverhältnis auch als Gesamthand-Gläubigerschaft zu bezeichnen. Können die Gläubiger widersprechen, so ist es billig, dem Auslober diese verzögerliche Einrede auch ohne ausdrücklichen Widerspruch von vornherein solange zu geben, bis die sämtlichen Mitgläubiger sich ausdrücklich oder mutmaßlich einverstanden erklärt haben[317]). Andernfalls läuft er Gefahr, daß er an einen Ungeduldigen leistet, dem später ein geringerer Anteil zuerkannt wird, sodaß er das Zuviel sich mit dem schwierigen § 812 zurückholen muß (es ist womöglich schon verjubelt!).

Während der Zeit der Einrede kann nur Hinterlegung an alle gefordert werden. Soll aber die Hinterlegung eine Erfüllungswirkung haben, so kann sie nur unter Verzicht auf Rücknahme geschehen (§ 376 Ziff 1)[318]). Der Hinterlegungsvertrag[319]) wird mit dem Amts-

311) Staudinger § 319, 1; RGZ 96, 62; Becker 42.
312) Windscheid-Kipp (1906) § 308 Ziff 7.
313) Prot II 350.
314) Prot II 350, Planck § 660, 2 f.
315) Leonhard all. Sch. R. § 373, übernommen von: Staudinger § 420 I 5.
316) Leonhard allg. Sch. R. § 371 Anm 33; RGZ 9, 144.
317) Oertmann § 660, 5; Planck § 660, 2 f.
318) Leonhard allg. Sch. R. §§ 312, 314.
319) Preuß. Hinterlegungs-Ordn. 21. IV. 1913.

gericht zu Rechten der sämtlichen Mitgläubiger abgeschlossen, dadurch wird der Auslober von der Schuld befreit und die Mitgläubiger obligatorisch berechtigt[320]). Ist etwas anderes als Geld hinterlegt, so haben die Mitgläubiger Gesamthands-Eigentum an der Sache erworben (§§ 930, 432), die dingliche Wirkung tritt hier also zugleich mit der obligatorischen ein. Ist aber Geld hinterlegt, so geht dieses vorläufig in das Eigentum des preußischen Staates über[321]) und erst mit der Auszahlung an die inzwischen Teilgläubiger Gewordenen geht das dingliche Recht, das Eigentum über[322]).

c) Zwecklose Klage auf Teilungsbestimmung.

Was hat nun zu geschehen, wenn der Auslober die Bestimmung des Teilungsplanes nicht vornimmt? Der § 315, der dem Gläubiger die Klage auf billige Leistung geben würde[323]), ist nicht am Platze, weil der Auslober nur auf die Gesamtleistung verklagt werden kann, sich aber nicht in einen Teilungsstreit einzulassen braucht, § 660.

Es liegt nahe in solchen Fällen den § 319, Satz 2 anzuwenden[324]). Dagegen ist aber gesagt worden, es handele sich nicht allein um ein Recht sondern auch um eine Pflicht des Auslobers, welche den Mitgläubigern ein Klagerecht (mit Vollstreckung!) auf „Bestimmung der Anteile" gegen den Auslober gäbe[325]). Wie würde aber die Sache verlaufen, wenn man die Mitgläubiger auf eine Klage verweist? Sie müßten gegen den Auslober, der vielleicht schon hinterlegt hatte, auf Bestimmung eines Planes klagen, der nach billigem Ermessen des Beklagten aufzustellen ist! Der Auslober wäre zu verurteilen; ist er aber einmal saumselig, so wird ihm das Urteil kein Antrieb zur Vornahme der Teilung sein: also müßte das Urteil vollstreckt werden, und wie sollte das wohl vor sich gehen? Einige wollen den § 887 ZPO anwenden, weil die Bestimmung der Anteile nichts Höchstpersönliches sei und daher durch Dritte vorgenommen werden könne[326]). Allein: ist es nichts Höchstpersönliches, so hätte man doch vorher den § 319 BGB anwenden und die Funktion der Teilung einer anderen Instanz (dem Gericht oder der Gläubigerschaft) übertragen sollen, um den Umweg über Prozeß und ZPO § 887, der ja schließlich doch bei einer anderen Instanz endet, zu vermeiden. Andere halten die Vollstreckung gemäß ZPO § 888 für richtig[327])

320) Leonhard allg. Sch. R. § 314; Staudinger vor § 372 II 2a.
321) Vgl. EG BGB Art 145; HinterlegO § 6.
322) Staudinger vor § 372 II 2b.
323) a. A. Kisch § 134.
324) So: Dernburg § 335 V 2; Cosack (1913) § 153 IV 3; ähnlich RGKomm § 660, 3.
325) Oertmann § 660, 2; Planck § 660, 2b; Warneyer § 660 I; Staudinger § 660, 4; Bading 47; Tilka 83; Wiener 61; Retzlaff 82.
326) Retzlaff 88; Wiener 61; Bading 47.
327) Fischer-Henle § 660, 3.

und meinen, wenn nun der Auslober „einfach nicht erklärt", sei es daß er die Zwangsstrafen über sich ergehen läßt[328]), sei es daß er nicht erklären kann — das Kollegium ist z. B. uneinig — dann solle man freilich den § 319 Satz 2 anwenden[329]). Diese Vorschläge, die auf ebenfalls unpraktischen Umwegen schließlich auch zur Bestimmung durch eine andere Instanz führen, scheinen auch nicht im Sinne des Gesetzes zu liegen. Wäre doch die Vollstreckung hier keine Zwangsmaßnahme zur Befriedigung, sondern nur ein Versuch dazu, und erst mit Hilfe des § 319 wird der Zweck erreicht! Aus dem § 660 lesen wir, daß der Teilungsstreit neben der Person des Auslobers vor sich gehen soll, und aus der Sachlage dürfte sich die Anwendung des § 319 Satz 2 zwingend ergeben[330]). In ähnlichen Fällen ist man denn auch einhellig der Meinung, daß eine Bestimmungsbefugnis untergeht, wenn der Bestimmungsbefugte seiner Obliegenheit nicht nachkommt. So verlieren im § 2151 III, (und §§ 2153 VI, 2154 II, 2155 III) der vermächtnisbeschwerte Erbe und der Dritte ihr Bestimmungsrecht unter ganz ähnlichen Voraussetzungen wie im § 319, und man sieht hier einstimmig eine Klage auf Bestimmung als „zwecklosen Umweg" an[331]). Der § 319 Satz 2 ist also nicht einmal eine Einzelerscheinung!

Das Hauptargument, wegen des man an Klagbarkeit glaubt, ist der Wortlaut des § 660: „er hat zu verteilen"[332]). Aber schon das schlägt nicht durch! Um eine klagbare Verpflichtung (eine Obligation) zu bezeichnen, verwendet das Gesetz gewohntermaßen ganz eindeutige Ausdrücke, wie: „ist verpflichtet, berechtigt", „kann verlangen" usw; der Ausdruck „hat ... zu tun" ist mehrdeutig; so bedeutet im § 545 die Wendung „der Mieter hat Anzeige zu machen" einen Ausfluß der allgemeinen Obhutspflicht[333]); wird nun die Anzeige unterlassen, so entsteht aber nicht etwa ein klagbarer Anspruch des Vermieters auf Anzeige (das wäre recht unvernünftig!), sondern den saumseligen Mieter treffen gewisse Nachteile, § 545 II. Es bedeutet hier also die Wendung „hat zu tun" nicht eine Obligation, sondern nur eine Voraussetzung, unter der eine Schulderweiterung vermieden werden kann. Auch die Verteilungspflicht des Auslobers ist keine klagbare Obligation sondern eine nichteinklagbare Hilfspflicht[334]). Um den Wortlaut des § 660 eingehend würdigen zu

328) Wiener 61.
329) Oertmann § 660, 7 b; Staudinger § 660, 5 a. E.; Warneyer § 660, I; Fischer 48; Tilka 83; Becker 43; Rath 64; teilweise auch Planck § 660, 2 b u. g.
330) So auch Braeß 55/57; vgl Anm 324.
331) Planck § 2151, 3; Staudinger zu § 2151—2156 II 3; Strohal § 29 Anm 21 u. § 65 III 3 Anm 14; Endemann (1920) § 138 IV a 2; Staudinger zu § 2048, 2 a. E.
332) Staudinger § 660, 4; Retzlaff 82.
333) Staudinger § 545 I.
334) Leonhard allg. Sch. R. § 18 b.

können, sei an die Gedankengänge der Kommission erinnert. Man hatte doch überhaupt nicht in Erwägung gezogen, daß der Auslober auch einmal unzuverlässig sein könne; er sei meist in solchen Vermögensverhältnissen, daß die Gläubiger keinen Anlaß zu Mißtrauen hätten[335]. Aus diesen Gedankengängen heraus kam man garnicht auf die Idee, daß man auch eine Regelung für „Saumsal"[336], für Nichtkönnen und Nichtwollen des Auslobers treffen müsse! Fehlt also im § 660 eine solche Bestimmung, wie sie in dem sonst ganz gleichgebauten § 319 steht, so ist das keinesfalls ein argumentum e contrario.

Der § 319 Satz 2 ist mithin auf § 660 analog anzuwenden. Das Bestimmungsrecht geht unter beim Nichtkönnen, beim Nichtwollen und beim Verzögern[337]. Das Nichtkönnen wird man z. B. bei längerer Abwesenheit (§ 157), bei Uneinigkeit mehrerer Auslober usw anzunehmen haben. Das Nichtwollen erhellt aus einer Erklärung von Seiten des zur Teilung Berufenen. Alle anderen Fälle müßten als Verzögern geprüft und beurteilt werden, also auch das Nichtwollen, das nicht erklärt wurde; auch die Abwesenheit kann darunter gefaßt werden, sodaß das Verzögern zum Allgemeintatbestand heranwächst. Dabei ist das Verzögern scharf vom Verzug zu unterscheiden. Das Verzögern verlangt kein Verschulden, sondern nur ein objektives Fehlen der Bestimmung innerhalb der Zeit, in welcher der Verkehr nach Treu und Glauben die Bestimmung erwarten durfte, auch eine Mahnung ist zwar praktisch, aber nicht erforderlich[338]. Wird also die Bestimmungserklärung aus irgend einem Grunde nicht ordnungsgemäß kundgegeben, so ist das Bestimmungsrecht des Auslobers verwirkt und untergegangen.

### d) Einigung der Mitgläubiger.

Wer hat nunmehr die Teilung vorzunehmen? Die Verteilung ist einmal dann vorzunehmen, wenn dem Plane wegen offenbarer Unbilligkeit widersprochen wurde, und ferner dann, wenn die Bestimmungsbefugnis verwirkt wurde. Man hat hier gern das „Recht des Auslobers" in der Weise überschätzt, daß man meinte, nächst ihm käme lediglich das Gericht als bestimmungsbefugt in Frage, weil sich das aus dem § 660 ergäbe. So finden wir Sätze wie „der Auslober braucht sich nur der Korrektur des Richters zu unterwerfen"[339], oder: die Mitgläubiger könnten nicht etwa Leistung an

---

335) So: Prot II 349.
336) Ausdruck von Staudinger § 2151—2156 II 3.
337) Vgl oben Anm 324; bei Nichtkönnen und -wollen auch RGKomm § 660, 3; allzu vorsichtig Planck § 660, 2g.
338) RG.Recht 1912 Nr. 857; RG Jur. Woch. 1912, 386.
339) Retzlaff 85; Bading 50; Fischer 47, aber vgl. 49.

alle verlangen und dann untereinander teilen[340]). Ist das richtig, und warum eigentlich?

Daß dem Auslober die Aufstellung des Teilungsplans zusteht und zwar nach seinem billigen Ermessen, hat man als sein Recht angesehen, er ist auch der Nächste dazu. Dieses Recht wird besonders deshalb ihm zugesprochen, weil er in dem Augenblick, in dem er sich der Teilung zu unterziehen hat, bereits Schuldner sei, also nicht an der Unterteilung seiner Schuld pekuniär interessiert sei. Er sei also objektiver Preisrichter[341]). Allein das ist ja garnicht immer der Fall: zunächst treffen als Mitgläubiger womöglich Freunde mit Feinden des Auslobers zusammen; seine Stellung beruht ja nicht auf dem Vertrauen der Beteiligten, wie die des Dritten im § 315 ff[342]); er ist vielmehr „ganz einfach da". Darüber hinaus können aber regelrechte Schuldner-Interessen bei ihm vorhanden sein: hatte er z. B. an einen der Mitgläubiger bereits voreilig gezahlt, oder hatte ein Mitgläuber verzichtet, oder ist einer ein Beamter, dem die Annahme etwa nicht würde erlaubt sein, so wird der Auslober versucht sein, gerade diesem Betreffenden einen möglichst großen Anteil zu geben, um so zu sparen. Immerhin sei zugegeben, daß solche Fälle nicht allzu häufig sind und daß grundsätzlich eine gewisse Neutralität des Auslobers vorhanden sein dürfte. Dies Verteilungsrecht, das ihm anstandshalber und hauptsächlich aus Zweckmäßigkeit gegeben wurde, ist aber (anerkanntermaßen) keineswegs höchstpersönlich. Er kann es sowohl in der Auslobungserklärung, wie nachher einem Dritten übertragen (vgl insbes § 661); es ist auch von den Erben bezw von dem etwa in Erscheinung getretenen gesetzlichen Vertreter auszuüben[343]).

Warum eigentlich sollten sich die Mitgläubiger nun nicht untereinander einigen können? Auch hierbei wird die Zwecklosigkeit der Klage auf Bestimmung und der Teilungsklage gegen die Konkurrenten völlig übersehen. Es einigen sich z. B. die Gläubiger A und B dahin, daß A 300, der B 200 bekommen soll; der Auslober aber will gleiche Teile geben und weigert vorläufig die Leistung. Nun müßte der A also auf Hinterlegung an alle klagen, und darauf einen Prozeß gegen den B anstrengen; dieser würde anerkennen oder sich contumazieren lassen: der Wille der Mitgläubiger hätte gesiegt, aber nicht ohne Kosten und Zeitverlust. Man hätte friedliche Leute überflüssigerweise zum Prozeß gedrängt[344]) und dem Richter bleibt die sehr schwierige Frage, wem er eigentlich die Prozeßkosten aufzuerlegen hat

340) Planck § 660, 2 b; Fischer 44; Wiener 58.

341) Prot II 349; Oertmann § 660, 2; Planck § 660, 2 b; Windscheid-Kipp § 308 Ziff 7; Staudinger § 660, 4.

342) Retzlaff 82; Braeß 51.

343) So h. M. z. B. Fischer 44.

344) Fischer 49.

(ZPO § 91). Man könnte ja einwenden, der Wille des geldgebenden Auslobers sei schwerwiegender als derjenige der Gläubiger: sie sollten eben nur dann kritisieren und widersprechen können, wenn ihnen wirklich soviel daran gelegen ist, daß sie auch einen Prozeß dranhängen würden. Aber sie hätten schließlich noch einen dritten Weg, in dem unser Gläubiger B sich die ihm bestimmten 250 leisten läßt und an den A 50 weitergibt; oder er tritt von vornherein einen Teilanspruch an den A ab. Der allgemeine Grundsatz der Vertragsfreiheit würde in künstlicher Weise eingeschränkt, wenn man den Mitgläubigern die Möglichkeit versagen würde, sich ihr Rechtsverhältnis untereinander selbst zu ordnen. In ganz ähnlicher Weise, wie hier vertreten, läßt man bei der Erbteilung[345]) einen Teilungsprozeß erst dann zulässig sein, wenn die Mitberechtigten sich nicht einigen können.

So scheint es uns durchaus erforderlich, einen Teilungsvertrag der Auslobungsgläubiger oder deren Einigung auf einen Schiedsmann für ebenso rechtswirksam zu halten, wie ein Teilungsurteil des Gerichts[346]).

### e) Teilungsprozeß.

Zum Prozeß kommt es also nur dann, wenn der eine Gläubiger mehr beansprucht, als ihm der andere zubilligt. Hier hat dem Gesetzgeber vorgeschwebt, daß der Auslober eine vertrauenswürdige Persönlichkeit ist, der nicht zugemutet werden soll, in den Streit sich einzulassen[347]), man hat deshalb den Teilungsprozeß neben dem Auslober ausgestaltet. Er wird also nur auf Hinterlegung an alle belangt und bleibt dann außerhalb des Teilungsprozesses, kann also als Zeuge vernommen werden.

Im römischen und gemeinen Recht hatte die Teilungsklage eine eigentümliche Sonderstellung im Prozeßrecht: die actio communi dividundo[348]). Der Richter hatte eine besonders freie Stellung zwischen den Parteien. Er konnte die Teilungshandlung nach eigenem Ermessen vornehmen, und damit wurde die Stellung vom Kläger und Beklagten verwischt, der Richter war an etwaige Anträge der Parteien oder an Widerklage nicht gebunden; daher rührt die Bezeichnung actio duplex, weil jede Partei zugleich Kläger und Beklagter war[349]). Aber auch bei der Durchführung des Urteils hatte der Richter weitgehendste Machtvollkommenheit: die adjudicatio; er konnte Rechte,

---

345) Leonhard ErbR § 2048, 3; Enneccerus-Kipp § 86; ferner bei der Gemeinschaftsteilung: Oertmann § 752, 2; Warneyer § 752.

346) Im Ergebnis auch: Fischer 49; Braeß 56.

347) Prot II 350; Planck § 660, 2 f; Oertmann § 660, 5.

348) Eck doppelseit. Klagen 136/137.

349) Windscheid § 127 Anm 2; Crome § 287 Anm 19; abweichend Eck S. 146.

Eigentum der bisherigen Gemeinschaft aufheben, ändern oder neu begründen[350]). Er konnte dem Einen Alleineigentum, dem Andern Geldentschädigung zusprechen — seine Befugnisse waren nahezu unbegrenzt[351]). Man hat daher gesagt, die actio communi dividundo sei kein streitiges Verfahren mehr, sondern wenigstens zugleich ein Akt der freiwilligen, rechtschöpfenden Gerichtsbarkeit[352]). Heute aber hat der Teilungsprozeß nicht mehr diese Besonderheiten.

Bei der Schaffung des BGB hat man davon abgesehen, einen besonderen Teilungsprozeß vorzuschreiben oder in die ZPO einzuschieben; denn es könnte durch die actio communi dividundo eine gerechte Lösung doch nur durch Zufall erreicht werden[353]). Auch würden die Parteien durch das Urteil, weil es ohne Antrag erfolgt, überrascht und es habe ihnen mithin am erforderlichen richterlichen Gehör und der Verteidigungsmöglichkeit gefehlt[353]). — — Weit ernster zu nehmen ist, daß sich inzwischen im Prozeßrecht der Parteibetrieb fast ausnahmslos durchgesetzt hatte (Ausnahme: die Ehesachen und neuerdings ZPO §§ 251a; Entl-VO 1925 § 20); der Parteibetrieb gilt sowohl im Streit, wie in der Vollstreckung. Damit zusammenhängend setzte sich der Grundsatz „ne eat judex ultra petita partium" ohne Einschränkung durch, die unbedingte Bindung des Richters an die Höchstgrenze des Antrags. Es ist dann auf diesem Boden die Lehre von der Substantiierung der Klage und der Anträge gewachsen[354]), und es wäre jetzt eine unzweckmäßige Belastung der Richter, wenn man für den Teilungsprozeß das neue System verlassen wollte; besondere Schwierigkeiten würden im Versäumnisverfahren entstehen[355]).

Das BGB hat also keine Sonderbestimmungen für den Teilungsprozeß vorgeschrieben; mithin haben die allgemeinen Regeln über den prozessualen Angriff und die Verteidigung, Klage und Widerklage und Substantiierung zu gelten[356]).

Der Teilungsprozeß zerfällt damit in die beiden gewohnten Teile: Entscheidung und Vollstreckung. Der Kläger klagt auf obligatorische Einwilligung in den vorgelegten Teilungsplan, dann erfolgt durch Erfüllung bezw Vollstreckung die dingliche, allwirksame Realteilung[357]). Es muß also auf einen bestimmten Teilungsplan ge-

---

350) Windscheid § 449 Anm 17; Eck 91; Dernburg Pand. I § 197, 2.

351) Oertmann § 752, 2; Eck 91.

352) Windscheid § 449 Anm 16; Dernburg Pand I § 197, 2; a. A. Windscheid-Kipp § 449 Ziff 3b; Eck 146.

353) So wirklich: Mot II 883!!

354) Stein-Jonas § 253 III 4.

355) Mot II 883.

356) So schon RG JurWoch 1886 S. 165 Nr. 8; Windscheid-Kipp § 449 Ziff 3b; Hellwig 444 Anm 4.

357) Oertmann § 749, 1a; Hellwig 444 Anm 4; abweichend z. T. Planck § 749, 1c; Staudinger § 749, 1e; RGKomm § 749, welche als Vorhergehendes

klagt werden; der klagende Gläubiger hat seine Teilungsklage und seinen Antrag zu substantiieren. Kann oder mag er nicht einen bezifferten Antrag stellen — er kann vielleicht das Beweisergebnis nicht voraussehen — so genügt es, wenn er qualitativ und quantitativ angibt, wie sein Anteil berechnet werden soll, diese Angaben sind aber unerläßlich[358]). Es genügt nach herrschender Meinung mithin, soviel anzugeben, daß Richter und Gegner wissen, was der Kläger eigentlich verlangt, damit der Gegner seine Verteidigung, der Richter seine Prozeßleitung ins Werk setzen kann; denn es soll grundsätzlich eine Klage in einem einzigen Prozesse entschieden werden können. Der klagende Auslobungsgläubiger hat also seine Mitarbeit an der Erfolgsherbeiführung darzulegen und diese zu beweisen[359]) und er kann die Berechnung der Ziffer dann dem Richter überlassen, der nach dem Antrag und gemäß den Richtlinien des § 660, 1 erkennt.

Das Urteil hat einen buntscheckigen Charakter; weil es die Mitgläubiger zur Einwilligung in den Plan verpflichtet, ist es Leistungsurteil[360]). Außerdem hat es, wie jedes Leistungsurteil[361]), feststellenden Inhalt. Andere heben die gestaltende Eigenschaft des Urteils hervor[362]), den wieder Andere „festsetzend" nennen[363]). Vergegenwärtigen wir uns, daß die Realteilung garnicht durch das Urteil selbst, sondern oft (nicht immer) durch den neben dem Urteil stehenden § 894 ZPO vollzogen wird, so scheint uns das Gestaltende gering zu sein, und die ausschlaggebende Seite der Teilungsentscheidung scheint uns das Leistungsurteil zu sein. Die Mitgläubiger, die bisher in gebundener Gemeinschaft standen, sind nunmehr Teilgläubiger geworden.

Ist die Realteilung lediglich von einer Willenserklärung (Abtretung, § 931) abhängig, so liegt auch die Realteilung — wegen des § 894 ZPO — im Urteil (insofern also auch heute noch „adjudicatio-Wirkung"). Das wird wohl in den meisten Fällen so sein, also z. B. wenn die streitige Belohnung hinterlegt ist. Nunmehr können die Kläger sich die ihnen zugesprochenen Belohnungsanteile auszahlen lassen; ebenso natürlich die Beklagten.

---

die abstrakte, schlichte Aufhebung der Gemeinschaft nennen, was nicht praktisch sein dürfte.

358) Stein-Jonas § 253 III 4; RGZ Plenar 21, 387; OLG (Dresden) 43, 353; Mot II 884; RG Jur. Woch. 1908, 454.

359) Crome § 740 II 3 Anm 98; Warneyer § 749 IV.

360) RG Jur. Woch. 1886, 165 Nr 8; Enneccerus-Lehmann § 183 Anm 6; Enneccerus-Kipp 1928 § 86 IV 2.

361) Stein-Jonas vor § 253 II 1; vgl. ferner Dernburg Bürg. R. § 335 V 2; Warneyer § 749, 1.

362) Stein-Jonas vor § 253 II 3 b; aber: § 256 II 3 a. E.; Förster-Kann vor § 253, 3 a, bb, V; Langheineken 240; Kisch 65 vor Anm 55.

363) Kisch 118, 134, 137; Oertmann § 660, 5.

Das Urteil, das nun zwischen den streitenden Mitgläubigern gefällt ist, bindet aber auch den Auslober[364]). Die Einrede der Uneinigkeit ist jetzt erloschen, der Auslober muß die festgestellten Teilleistungen bewirken.

Eine letzte Frage ist noch nachzutragen: was geschieht, wenn der Auslober an einen Handelnden voreilig geleistet hat und sich nun ein Mithandelnder oder gar ein Ersthandelnder meldet? Grundsätzlich kann der Auslober vor Klärung der Lage (Zustimmung aller in Betracht kommenden Handelnden) nur auf eigenes Risiko zahlen[365]). Danach hat eine Zahlung an einen Gläubiger keine Erfüllungswirkung gegenüber Anderen, es muß u. U. noch einmal zahlen und kann sich das Zuvielgeleistete nur mit Hilfe des § 812 zurückholen. Der noch unbefriedigte Gläubiger aber hatte gegen den fälschlich Befriedigten keinen Anspruch aus § 812[366]). Allein der Auslober bedarf eines Schutzes gegen saumselige Gläubiger; er läuft sonst Gefahr, daß nach langer Frist noch jemand aus dem Volke auftaucht und Ansprüche geltend macht; wartet er aber, so verwirkt er vielleicht seine Teilungsbefugnis. Man wird also dem ALR (§ 992) folgen können[367]), das bestimmte: wer sich nicht zur rechten Zeit meldet, hat keinen Anspruch. Es hat also derjenige seinen Anspruch verwirkt, der sich nicht meldete in der Zeit, binnen der der Auslober nach Treu und Glauben und Verkehrssitte das Fälligmachen erwarten dürfte. Auch hier sei erwähnt, daß die Vertragstheorie in diesem einen Falle leichter entscheiden könnte, weil sie ja vor der Vertragsannahme nur eine Offerte annimmt, welche (§ 147 II) nur eine zeitlich begrenzte Kraft hat[368]). Von dem Auslober wird man aber zu verlangen haben, daß er sorgfältig prüft, ob der zuerst Erschienene wirklich der richtige Mann ist[369]).

## § 6. Preisausschreiben.

Der Wortlaut des § 661 und die h. M. nennen das Preisausschreiben einen Spezialfall der Auslobung[370]). Betrachtet man aber, daß der Ausschreiber nicht schon nach der Handlungsvollbringung oder nach der Bewerbung, sondern erst nach seinem Spruch schuldet[371]), und daß darüber hinaus gerade dieser Spruch fast gänzlich von seinem

364) Planck § 660, 2 f; Oertmann § 660, 5; Kisch S. 137.
365) Oertmann § 660, 5; Prot II 349; Bading 44.
366) Planck § 659, 2 e; Fischer-Henle § 658, 2; a. A. Staudinger § 659, 4; auch wohl Förster-Kann vor § 253, 3, a, bb, V; OLG (Frankfurt) 41, 123; Wiener 61.
367) S. o. Anm 289.
368) Fischer 41, 42.
369) OLG Frankfurt 41, 123; Braeß 49.
370) Staudinger § 661 I; Mot II 523; Dernburg Bürg. R. § 336 I; Fischer 57; Tilka 87; a. A. nur Kuntze zu Holzschuher „Theorie/Kasuistik" III S. 300.
371) Leonhard bes. Sch. R. § 126.

freien Ermessen abhängt, dann scheint das Preisausschreiben sich doch recht weit von der Auslobung zu entfernen! Immerhin muß angesichts des Wortlauts des BGB diese unglückliche Einordnung in Kauf genommen werden; wir finden ja auch allerlei gleiche Merkmale. Die allgemeinen Regeln der Auslobung gelten auch für das Preisausschreiben, soweit sie nicht dem § 661 widersprechen. Notwendig ist also die öffentliche Bekanntgabe (auch für etwaigen Widerruf oder Anfechtung), die regelmäßige Unwiderruflichkeit wegen der Befristung, ferner daß die Handlungsvornahme objektiv, also nicht nach einem Annahmewillen hin, zu werten ist usw.

Was das Preisausschreiben von der (gewöhnlichen) Auslobung unterscheidet, ist meist der Charakter des Wettbewerbes[372]), d. h. es sind mehrere Handlungen möglich, unter denen der Würdigkeitsspruch des Urteilenden die beste, die Idealhandlung belohnt, während bei der Auslobung immer nur absolute Handlungen in Betracht kommen, die eben entweder vollgültige oder gar keine Vollbringungen sind. Ob das Preisausschreiben wirklich in jedem Falle einen Wettbewerb, also nur relative Resultate enthalten muß, sei offen gelassen[373]), meist ist es ja der Fall[374]). Das Charakteristische des Ausschreibens scheint uns nicht das „Relative der Resultate", sondern daß der Auslober sich seine eigene Beurteilung vorbehält[375]); kann der Ausschreiber doch selbst Höchstleistungen für unwürdig erklären. Der Charakter des Wettbewerbes führt zuweilen dazu, daß mehrere Preise (Erster, Zweiter usw) ausgeschrieben werden; dann werden für jeden Preis die Bestimmungen über Ausschreibung entsprechend anzuwenden sein.

## 1. Besondere Merkmale.

### a) Befristung.

Das Preisausschreiben hat außer den uns bereits bekannten Voraussetzungen der Kundgabe und der Handlung noch zwei weitere: die Bewerbung und den Würdigkeitsspruch, ferner ist die sonst fakultative Befristung zwingend vorgeschrieben. Mit der Befristung soll vermieden werden, daß der Ausschreiber, indem er immer auf bessere Leistungen zu warten vorgibt, sich einer klärenden Entscheidung entzieht[376]). Fehlt die Befristung, so ist zu prüfen, ob nicht eine Um-

---

372) Planck § 661, 1; Oertmann § 661, 1; v. Mayr 79; Tilka 87; Wiener 63; Becker 53.

373) Gegen die Beschränkung: Enneccerus-Lehmann § 156 Anm 12.

374) Sportwettkämpfe werden bei Eberdt S. 27 kurios besprochen: nicht in dem Austragungskampf, sondern im Trainieren sei das Vollbringen zu sehen; denn der Kampf sei nur Feststellung des Trainierungsergebnisses. Dann hätte der Amateur, der ohne Training siegte, etwa keinen Anspruch? Darwider: Retzlaff 101.

375) Leonhard bes. Sch. R. § 126 bei Anm 49.

376) Mot II 523.

deutung in eine gewöhnliche Auslobung auf die erste, absolute Handlung angängig ist; andernfalls ist die Ausschreibung unwirksam. Die Frist ist nicht für die Handlung, sondern für die Bewerbung gesetzt [377]). Es kann also Fälle geben, daß die Handlung noch nach dem Fristablauf zum Anspruch berechtigt, z. B. bei der Sportnennung, wenn hier die Nennung rechtzeitig erfolgte; unstatthaft ist aber die nachträgliche Bewerbung mit einer „fristgerechten Handlung" [378]). Durch die Fristsetzung ist die Ausschreibung regelmäßig unwiderruflich (§ 628 II). Ein Widerruf ist also nur bei ausdrücklich oder sonst irgendwie ausgedrücktem Vorbehalt statthaft.

### b) Bewerbung.

Die Handlungsvollziehung ist mithin, ebenso wie die der Auslobungshandlung, objektiv, d. h. unabhängig von dem Geschäftswillen und -Bewußtsein des Handelnden. Ferner hat sie einen notwendigen, besonderen Bestandteil: die Bewerbung; dadurch soll dem Beurteilenden das notwendige Material zur Entscheidung beschafft werden. Man hält die Bewerbung mitunter für die „Uebermittlung des Resultats", die ja auch in einer gewöhnlichen Auslobung verlangt werden kann [379]). Meist wird freilich in der Einreichung der Arbeit die Bewerbung liegen [380]). Aber das ist nicht notwendig; die Bewerbung kann ja auch vor der eigentlichen Handlung bewirkt werden: die Nennung oder das Antreten zum Wettkampf. Sie erfolgt also einmal durch Uebermittlung, ein andermal durch Nennung, dort durch schlichte Mitteilung usw; kurz, in zweckentsprechender Weise, wenn sie den Willen, die ausgeschriebene Handlung in der bestimmten Weise zu vollziehen, kundgibt [381]). Ist es dazu notwendig, daß Handelnder und Bewerbender identisch sind? Es wird gesagt [382]), man dürfe sich auch mit der Handlung eines Dritten bewerben und es habe dann eine Auseinandersetzung im Innenverhältuis stattzufinden. Aber das scheint uns durchaus nicht im Sinne des Ausschreibers, vielmehr jenseits von Treu und Glauben zu liegen; lediglich unter dem Gesichtspunkt der Vertretung, also im Namen und mit Vollmacht des Handelnden (z. B. der Manager), ist dies angängig. Solange die Frist läuft, ist die Bewerbung zurücknehmbar [383]), was von Bedeutung ist, wenn in der Bewerbung die Uebereignungsofferte liegen soll.

---

377) Planck § 661, 2 b; Becker 55; Braeß 67; ungenau Eberdt 24 Anm 1.
378) Retzlaff 102.
379) Fischer 23.
380) Bading 53.
381) Staudinger § 661 II 1 c.
382) Braeß 65; Wiener 65; wie hier: Retzlaff 103.
383) Prot II 351; Oertmann § 661, 3; Fischer-Henle § 661, 1.

### c) Würdigkeitsspruch.

Der Anspruch entsteht im Preisausschreiben erst durch den Würdigkeitsspruch; dieser ist also besonders sorgfältig zu prüfen, und ist auch das Merkwürdigste dieser merkwürdigen Rechtsfigur. Meist wird (Wortlaut des § 661!) der Ausschreiber dritte Personen zur Spruchfällung berufen, um die Neutralität der Urteilenden zu gewähren und kundzutun.

Man wird diese „Preisrichter" als eigenartige Vertreter des Ausschreibers anzusehen haben, die zu ihm in einem Auftragsverhältnis stehen[384]. Nur diesem gegenüber, nicht gegenüber den Bewerbern tragen sie eine Verantwortung und eine Pflicht, nach bestimmten Richtlinien zu urteilen; nach außen fällen sie den Spruch an Stelle des Ausschreibers. Daß der Auftrag des Ausschreibers die Preisrichter anhalten soll, den Spruch gemäß den Ausschreibungsbestimmungen zu fällen[385], daß sie diese sachverständig, also neutral auszulegen haben[386], daß die Richter so etwas wie ein Amt bekleiden[387] und nicht allein ihre Privatauffassung befolgen sollen, daß sie also fast nur der Ausschreibung unterstehen sollen — alles das hindert uns nicht, sie als beauftragte Vertreter des Ausschreibers anzusehen. Der Wille des Ausschreibers ist in der Erklärung erstarrt und ist für die Beurteilung durch den Ausschreiber oder durch seine Vertreter maßgeblich[388]. Braeß (S. 69) will ohne ersichtlichen Grund unterscheiden zwischen „in der Auslobung genannten absetzbaren Vertretern" und „bestellten Preisrichtern" — warum eigentlich?

Kann in einem Richterkollegium eine Einstimmigkeit nicht erzielt werden, so scheint uns von der absoluten Mehrheit die Entscheidung abzuhängen[389]; dafür spricht die Billigkeit und die Zweckmäßigkeit. Es wird häufig gerade ein recht großes Kollegium gewählt, damit eben die verschiedensten Ansichten vertreten werden können (Kunstjury) und da wird eine Einstimmigkeit zu den Raritäten gehören! Wird aber überhaupt keine absolute Mehrheit erreicht, so wird auszulegen sein, ob darin überhaupt kein Spruch[390] oder ein Spruch der meisten Stimmen vorliegt.

Hat der Ausschreiber Preisrichter beauftragt und als solche bekannt gemacht, so kann er den Spruch nicht selbst fällen, er hat sich seiner Bestimmungsbefugnis begeben[391]. Kommt aber kein Spruch

---

384) Becker 57.
385) Retzlaff 105; Wiener 57.
386) Tilka 92; Fischer 61; Wiener 66; Rath 68.
387) Braeß 67, 68, 69.
388) Planck § 661, 3a; Retzlaff 106.
389) Enneccerus-Lehmann § 156 IV 2; Dernburg Bürg. R. § 336 I 4; RG Komm. § 661, 3; Becker 56; Rath 68; a. A. Oertmann § 661, 4b; Fischer-Henle § 661, 4.
390) Becker 57; vgl. Anm 391.
391) Tilka 92; Fischer 60; nicht nur „im Zweifel", wie Braeß 69 meint.

der Preisrichter zustande und kommt ein Ersatzrichter nicht in Betracht, so fällt die Spruchbefugnis wieder an den Ausschreiber zurück [392]). Wir haben hier, wie oben, unter Nicht-zu-Stande-Kommen wieder alles zu verstehen, was einem Spruch entgegensteht, also: Nichtkönnen, Nichtwollen und Verzögern. In der Uneinigkeit der Preisrichter vermögen wir also lediglich ein non liquet, also gar keinen Spruch zu erkennen, nicht aber einen Spruch, der für unwürdig erklärt. Denn hinter den Preisrichtern steht ja immer als Reserverichter der Ausschreiber. Die Berufung des Ausschreibers zur Beurteilung ist auch hier nicht höchstpersönlich, kann vielmehr von den Erben, dem gesetzlichen Vertreter usw vorgenommen werden [393]).

Der Spruch hat nun zwei Seiten: formell ist er Willenserklärung, materiell ist er Entscheidung. Wohl im Interesse des Bewerbers kommt Planck zu der Ansicht, der Spruch sei richtungsbedürftig, und in der Tat wird meistens das Preiszuerkenntnis an den Preisträger gelangen. Folgt man aber Planck [394]), dann würde die Schuld des Ausschreibers nur durch den Zugang des Spruchs an den Preisträger zur Entstehung kommen, vor dem Zugang wäre eine Rücknahme oder Aenderung des Spruches noch statthaft. Meist wird allerdings in der Ausschreibung bereits mitgeteilt, wie und wo der Spruch bekanntgegeben wird (in derselben Zeitung, im akademischen Aktus) und darin liegt schon Wichtiges für den späteren Zugang (Möglichkeit der Kenntnisnahme). Liegt aber keine derartige Bestimmung vor, so wird man analog dem § 658 zu verfahren haben: auch hier handelt es sich um eine nach der Ausschreibung zu bewirkende zweite rechtserhebliche Erklärung. Man wird daher außer der direkten Spruchübermittelung an den Preisträger auch diejenige durch öffentliche Bekanntmachung, die in gleich wirksamer Art und Weise erfolgt, billigen dürfen [395]). Die Schuld des Ausschreibers entsteht mithin mit dem Zugang entweder an den Preisträger oder an die Oeffentlichkeit.

Der Würdigkeitsspruch hat einen doppelten Inhalt: zuerst die Entscheidung, ob das Handlungsresultat überhaupt den Voraussetzungen entspricht; ferner das Urteil darüber, ob die Handlung inmitten anderer Konkurrenzhandlungen den Vorzug verdient. Zunächst obliegt dem Urteiler, sich an die ausdrücklichen und konkludenten Bestimmungen des Ausschreibens zu halten. Von nahezu ausschlaggebender Bedeutung ist aber das eigene freie Ermessen des Urteilers [396]), und damit wird die Einseitigkeit der Ausschreibung noch über diejenige der Auslobung weit hinausgehend betont. Dem gegenüber

392) Planck § 661, 3a; v. Mayr 88; a. A. Cosack, der in der Uneinigkeit schlechthin Unwürdigkeitsspruch sieht; ihm folgt Braeß 73.

393) Oertmann § 661, 4b.

394) Planck § 661, 3a.

395) Oertmann § 661, 4d; Fischer-Henle § 661, 3; Bading 54; Eberdt 28.

396) Retzlaff 109; Oertmann § 661, 4a; Tilka 90.

bedeuten dann die § 157 und (analog) § 242 nur noch Zwirnsfäden. Denn die Prüfung, ob Treu und Glauben verletzt ist, hat ja gerade vom Blickwinkel des Urteilenden, des Ausschreibers stattzufinden. Endgültig reißt dann der Zwirn, wenn geprüft wird, welche Rechtsbehelfe der benachteiligte Bewerber hat.

### d) Verbindlichkeit der Entscheidung.

Die Bedeutung des eigenen Ermessens wächst nämlich dadurch, daß der Spruch „für die Beteiligten verbindlich" ist. Frühere Entwürfe hatten das Wort unanfechtbar gewählt (E II § 592) und man liest jetzt aus der Abschwächung dieses Wortes irgendwelche Möglichkeiten, den Spruch nachträglich zu korrigieren. Zweifellos ist wohl, daß der Urteilende selbst ein Anfechtungsrecht nach den §§ 119 ff hat[397]), nur so kann er sich gegen Täuschung und Irrtum schützen. Der Sinn des Wortes „für die Beteiligten verbindlich" ergibt aber schon eine unbedingte Bindung des Ausschreibers an den Spruch der Preisrichter. Denn es würde Treu und Glauben verletzen, wenn der Ausschreiber den als neutral gekennzeichneten Urteilsspruch wieder umstoßen könnte. Aus dem Wortlaut ergibt es sich, daß auch für den Ausschreiber, welcher Beteiligter ist, der Spruch der Preisrichter verbindlich ist[398]).

Aber wie ist es mit den Bewerbern? Oft wird von vornherein gesagt, der Spruch sei ihnen gegenüber absolut verbindlich, selbst wenn er „offenbar unbillig" ist[399]). Ein „Anfechtungsrecht" geben dann aber Manche den Bewerbern wegen Verletzung formeller Gründe[400]), dafür spricht die heutige Praxis der Nachprüfbarkeit von Vereinsbeschlüssen. Aber der Fall liegt hier doch anders. Zunächst handelt es sich auch hier nicht um eine Anfechtung (gegen eine mehr oder weniger „eigene" Erklärung), sondern um Widerspruch gegen eine Erklärung Anderer. Ein Widerspruchsrecht ist im § 661 nicht genannt, müßte also anderweitig gestützt werden. Die Suche nach anderen Widerspruchsgründen hat mit großer Vorsicht zu erfolgen, weil man stets eine Unwidersprechbarkeit angenommen hat, z. B. im ALR § 994. Allenfalls scheint der § 138 einen Nichtigkeitsgrund[401]), der § 826 einen Klagegrund zu bieten. Bei § 138 entsteht aber die Frage: wer setzt jetzt den einwandfreien Spruch durch? Bei § 826: wer hat den Schaden erlitten von den vielen Bewerbern, wer ist zur Klage legitimiert[402])? Denn Jedem, der kommt, wird vielleicht geantwortet: gerade Deine Arbeit ist unwürdig! Es liegt also doch wohl ein

397) Leonhard bes. Sch. R. § 125 a. E.; Planck § 661, 3 b; Oertmann § 661, 4 d; Wiener 69.

398) Retzlaff 107; Braeß 69; Eberdt 30; a. A. wegen § 318: Tilka 93.

399) v. Mayr 87; Becker 57 und Viele.

400) Kuhlenbeck Jur. Woch. 1908, 645; Eberty Arch. Bürg. R. 39, 85; Fischer-Henle § 661, 8; Retzlaff 110; Tilka 91.

401) RGZ 11, 284.

402) Retzlaff 109; Becker 57; Rath 70.

unwiderſprechbarer Spruch vor, der im freieſten Ermeſſen des Urteilenden ſteht und es obliegt dieſem kaum mehr als eine moraliſche Anſtandspflicht[403]. Das Bild, das uns keineswegs behagt, iſt garnicht weit entfernt von dem einer Naturalſchuld und von der unklagbaren Auslobung des römiſchen Rechts (ſ. oben S. 12).

e) Zwecklose Klage auf Entſcheidung.

Aber auch, wenn der Spruch nicht gefällt wird, iſt nicht ein einziger brauchbarer Weg erſichtlich, auf dem ein Bewerber einen Spruch, geſchweige denn einen Anſpruch oder gar deſſen Erfüllung erzielen könnte. Manche nehmen zwar ein Recht auf Beurteilung an, während die zugeſprochene Belohnung nur Symbol ſei[404]. Aber hier liegt die Sachlage ganz anders, als vorher im § 660. Während dort unter Gläubigern die beſtehenden Anſprüche gegeneinander abzugrenzen waren, ſoll hier erſt feſtgeſtellt werden, ob der Ausſchreiber überhaupt Schuldner iſt. Wir hätten alſo eine Klage auf Beurteilung, die entweder nach ZPO § 887[405], oder nach ZPO § 888[406] vollſtreckbar wäre. Allein noch deutlicher als oben zeigt ſich hier deren Zweckloſigkeit, weil der Ausſchreiber die klagenden Bewerber dadurch klaglos ſtellen kann, daß er ganz einfach „alle für unwürdig“ erklärt[407]! Ueberdies ſcheint uns auch ſehr zweifelhaft, ob man den Spruch freien Ermeſſens überhaupt durch ein Urteil wird erſetzen dürfen. Schließlich bleibt der Notausgang des § 826 mit denſelben unburchdringlichen Hinderniſſen wie oben (ſ. oben S. 68): wer von den Auslobern kann einen Schaden nachweiſen?

Halten wir uns das Fehlen jeglicher Verpflichtungen beim Ausſchreiber vor Augen, ſo iſt auch gar kein Bedürfnis erſichtlich, zu verlangen, daß der Ausſchreiber ſich der Beteiligung an der Bewerbung enthalten ſolle, daß er vielmehr nur bei ausdrücklichem Vorbehalt[408] oder nur, wenn Dritte als Preisrichter eingeſetzt ſind (obwohl der Ausſchreiber Reſerverichter iſt!?), ſich mitbewerben dürfe[409]. Wenn niemand ein Recht hat, wenn niemand einen Klagegrund hat, wie wir geſehen haben, woraus ſollte ſich da eine Beſchränkung des Ausſchreibers herleiten?

f) Andere Beſtandteile.

Eine Beſonderheit iſt noch zu nennen. Es kann im Preisausſchreiben beſtimmt werden, daß das Eigentum an dem Arbeits-

403) Tilka 91.
404) Eberdt 26, 28; Fiſcher-Henle § 661, 6.
405) Bading 54; Wiener 68.
406) Planck § 661, 3a; Fiſcher 61.
407) Dernburg Bürg. Recht § 336 II; Windſcheid-Kipp § 308 Ziff 8; a. A. Wiener 68; Fiſcher 62 ff.
408) Becker 59; Rath 71; vgl. ALR § 991.
409) Von Vielen: Wiener 68; Retzlaff 104.

ergebnis auf den Auslober übergehen solle. Dann liegt in der Bewerbung das Uebereignungsangebot[410]), welches auf die Bedingung der Preiszuerkennung abgestellt ist. In der Zuerkennung liegt dann die Uebereignungs-Vertragsannahme, die dingliche Einigung ist damit getätigt. Daß der Wunsch nach Uebereignung (Aufforderung anzutragen) ausdrücklich miterklärt werden müßte, erscheint nicht erforderlich; es kann sich das auch aus dem Sinne des Ausschreibens ergeben. Eine Gemeinde z. B. schreibt den Bauplan eines Rathauses aus, eine Spitzenfabrik wünscht Musterentwürfe[411]). Gerade dies Beispiel zeigt, daß in den meisten Fällen zugleich an eine Uebertragung des geistigen Eigentums gedacht sein wird[412]). Man muß jedoch Dernburg insoweit entgegenkommen, daß nicht in allen Fällen auch das geistige Eigentum miterfaßt wird, aber diese Fälle der Unterscheidung scheinen die selteneren. Auch andere Verträge können mit der Ausschreibung verbunden werden; so kann z. B. dem Bewerber um den Rathausplan die Bauleitung zugesagt sein.

## 2. Rechtsnatur und Kritik.

Aus dem Referat über die Voraussetzungen des Ausschreibens kommen wir zur Frage der Rechtsnatur. Ist auch das Preisausschreiben annahmelos, ist es Versprechen plus Handlung oder Vertrag? Zunächst könnte man daran denken, daß es ja als Sonderfall der Auslobung ohne weiteres die gleiche Rechtsnatur haben soll; allein es bestehen hier andere Zweifelsgründe und wir selbst haben ja gerade oben den Abstand von der Auslobung besonders betont.

Oben war bereits gesagt, daß die Handlung auch dann eine Rechtshandlung innerhalb der Auslobung ist, wenn sie sich äußerlich als Rechtsgeschäft darstellt. Es beweist also nicht die Vertragsnatur des Ausschreibens, daß mit der Handlung die Uebereignungsofferte verlangt werden kann oder daß in einem Einreichen der Arbeiten ein Angebot auf Verwahrungsvertrag liegt[413]).

Schwieriger ist die Frage, ob die Bewerbung nicht doch eine Vertragsannahme, abgestellt auf die Bedingung der Preiszuerkennung sei; in diesem Sinne geht ja Fischer[414]) vor und schließt dann rückwärts auf die Auslobung. Dem widerspricht aber die rechtliche Hilflosigkeit des mißachteten Bewerbers; können wir uns ein Recht vorstellen, über dessen Entstehen erst in völlig freiem Ermessen entschieden werden soll? Wir können aber vor dem Spruch keinerlei

410) Bading 55; Braeß 74; abweichend Wiener 69.
411) Braeß 74, 58; Retzlaff 112.
412) Windscheid-Kipp § 308 Ziff 8; Oertmann § 661, 6; a. A. Dernburg Bürg. R. § 336 III und Tilka 94.
413) Retzlaff 113.
414) Fischer 23.

praktische Verpflichtungen, weder zu leisten noch zu entscheiden erkennen; es ist also keine Möglichkeit an irgend ein Vertragsverhältnis zwischen Ausschreiber und Bewerber zu denken, auch wenn manchmal die Bewerbung einer Willenserklärung verteufelt ähnlich aussieht.

Eine andere Möglichkeit zum Vertrage zu kommen, könnte darin gefunden werden, daß man die Bewerbung zwar nicht als Annahme, sondern als Vertragsofferte ansieht; auch der Versteigerungsvertrag kommt ja in ganz ähnlicher Weise zustande; dort werden auf eine allgemein gehaltene Aufforderung hin aus der Menge Angebote gemacht, auf welche der Auktionator einzugehen pflegt. Hiergegen spricht aber die systematische Anordnung im Gesetz; wollten wir das Preisausschreiben als Vertrag, dessen Bewerbungsofferte durch den Würdigkeitsspruch angenommen würde, ansehen, dann hätten wir das System völlig zerrissen, diese Vertragsanschauung ist daher abzulehnen.

Endlich: Es ist in vielen Fällen üblich, daß der Bewerbende einen Einsatz zahlt, der bei Zurückziehen der Meldung dem Ausschreiber als Reugeld oder als Unkostenbeitrag verbleibt[415]). Das sieht einer teilweisen Erfüllung außerordentlich ähnlich; könnte denn wirklich der Andere zur Aufgabe seines Einsatzes verpflichtet werden, ohne daß bisher ein vollgültiges Auslobungsrechtsgeschäft zwischen den Parteien besteht? Aber auch das beweist nichts für eine Vertragsnatur. Wir haben hier ein Zusatzgeschäft vor uns, welches zu der Ausschreibung hinzutritt, aber als völlig selbständiger Vertrag (Reugeldvertrag) dasteht. Man wird ihn entweder als Abkommen über eine Rechtsgeschäfts-Strafe (Vertragsstrafe) anzusehen haben, oder als einen Spiel- oder Wettvertrag, der die spätere Teilnahme zum Gegenstand hat. Auch aus diesem Einsatz- oder Reugeldvertrag wird nichts für eine Vertragsnatur der Ausschreibung bewiesen.

Auch das Preisausschreiben ist mithin ein annahmeloses Rechtsgeschäft, der Ausschreibende ist an sein Wort gebunden bis er durch den Würdigkeitsspruch (nach Handlungsvollbringung) sich klagbar verpflichtet. Das Ausschreiben hat freilich keine Regelung im Gesetz gefunden, die als erfreulich zu bezeichnen wäre. Es ist zwar billig, wenn der Ausschreiber seinen Geschmack durch seinen uneingeschränkten Würdigkeitsspruch zur Geltung bringen kann[416]). Aber daß man in der Oeffentlichkeit anspruchsvolle Erklärungen, vertrauenerweckende Versprechungen machen kann ohne sich irgendwie nennenswert zu verpflichten, erscheint uns höchst unerquicklich[417]).

415) Staudinger § 661 III 1; Retzlaff 104.
416) Tilka 90.
417) Bading 54, 55.

# Lebenslauf.

Ich bin am 14. X. 1898 in Naumburg/Saale geboren und habe am 6. XI. 1916 am Wilhelmsgymnasium zu Kassel, woselbst mein Vater Polizeipräsident war, die Reifeprüfung bestanden. Ich war von 1916 bis 1920 im Heeresdienst, den ich als Leutnant verließ; und zwar bin ich fünf Vierteljahre an der Front in Flandern und ebensolange in Gefangenschaft in Wakefield (England) gewesen. Von 1920 bis Herbst 1926 war ich Bankbeamter in Fulda, Marburg/Lahn, Berlin und Braunschweig, und im Jahre 1928 kaufmännischer Angestellter in Berlin.

Ich studierte sieben Semester Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn; nämlich von Oktober 1926 bis Februar 1928 und von April 1929 bis Februar 1931. Am 30. Mai 1931 bestand ich vor der Prüfungskommission zu Kassel das Referendar-Examen mit dem Prädikat „vollbefriedigend" und am 20. Juni 1931 vor einer hohen Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Universität zu Marburg/Lahn das Kolloquium. Ich bin zur Zeit Gerichtsreferendar am preußischen Landgericht zu Kassel.